La notion d'originalité et sa preuve en droit d'auteur

Dominique TRISTAN

Mémoire de Master 2 Droit de la communication

Université Paris II Panthéon-Assas Année 2009-2010

Sous la direction de Monsieur Vincent VARET

« On dit aux foyers des spectacles qu'il n'est pas noble aux auteurs de plaider pour le vil intérêt, eux qui se piquent de prétendre à la gloire. On a raison : la gloire est attrayante ; mais on oublie que, pour en jouir seulement une année, la nature nous condamne à dîner trois-cent soixante-cinq fois; et si le guerrier, l'homme d'Etat ne rougit point de recueillir la noble pension due à ses services, en sollicitant le grade qui peut lui en valoir une plus forte, pourquoi le fils d'Apollon, l'amant des Muses, incessamment forcé de compter avec son boulanger, négligerait-il de compter avec les comédiens? Aussi croyons-nous rendre à chacun ce qui lui est dû, quand nous demandons les lauriers de la comédie au public qui les accorde, et l'argent reçu du public à la comédie qui le retient. » [1]

[1] Pierre Augustin Caron de Beaumarchais. *Compte rendu de l'Affaire des auteurs dramatiques et des comédiens français (1870).*

Sommaire

Introduction.....4

Première partie : Qu'est-ce que l'originalité en droit ?.....8

Chapitre I : La définition de l'originalité 8

Chapitre II : Les critères de l'originalité 20

Deuxième partie : La preuve de l'originalité comme revendication d'un droit d'auteur 32

Chapitre I : L'originalité comme critère complémentaire à la qualification d'œuvre de l'esprit.....32

Chapitre II : La charge et les moyens de la preuve 40

Conclusion 53

Introduction

On admet communément que prendre le bien d'autrui sans le payer serait du vol. Le vol, dit le code pénal (article 311-1), c'est « la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui ».

Mais voler une œuvre de l'esprit n'est pas un délit de même nature, puisqu'il ne s'agit pas ici d'une chose : « L'auteur et le propriétaire de l'exemplaire peuvent tous deux également dire à bon droit : « c'est mon livre ! » mais dans des sens différents. Le premier considère le livre comme écrit ou comme discours ; le second simplement comme l'instrument muet de la transmission du discours à lui-même ou au public, c'est-à-dire comme exemplaire. » [2] Cette idée est traduite à l'article L.111-3 du CPI : « La propriété incorporelle définie par l'article L.111-1 est indépendante de la propriété de l'objet matériel. »

C'est pourquoi si le vol est sanctionné pénalement, il est juste également que l'usage illicite d'une création incorporelle soit aussi sanctionné : la contrefaçon est à la création incorporelle ce que le vol est à la propriété. Ainsi, Le Chapelier disait, présentant la loi du 19 janvier 1791 : « Cependant, comme il est extrêmement juste que les hommes qui cultivent le domaine de la pensée tirent quelques fruits de leur travail, il faut que, pendant toute leur vie et quelques années après leur mort, personne ne puisse, sans leur consentement, disposer du produit de leur génie.» Pour lui, le fruit de la pensée d'un écrivain était « la plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, et [...] la plus personnelle des propriétés. » Les termes de Lakanal dans son rapport (janvier 1793) sur la loi du 19 juillet 1793 ne laissent aucun doute sur une acception esthétisante de la création : « de toutes les propriétés, la moins susceptible de contestation, c'est sans contredit celle des productions du génie. »

La loi du 11 mars 1902, plus d'un siècle plus tard, interdit de protéger les œuvres en fonction de leur mérite ou de leur destination. On convient à cette occasion qu'il serait injuste de refuser la protection à un auteur sous la raison que sa création serait médiocre, sans intérêt. En effet, il ne revient pas au juge de décider qui parmi les peintres ou les écrivains sont dignes d'être classés ou non parmi les génies. D'un autre côté, ceux qui n'en sont pas ont de même le droit à la protection : ce ne sont pas moins des créateurs ; ils n'ont pas moins produit des œuvres qui sont le fruit de leur pensée.

[2] KANT, Emmanuel, « De l'illégitimité de la contrefaçon des livres. » *Vers la paix perpétuelle, Que signifie s'orienter dans la pensée ? Qu'est-ce que les lumières ? et autres textes*, GF Flammarion, 1991, Paris.

Ainsi, aujourd'hui la question n'est plus de protéger les productions du génie. Le CPI protège les œuvres de l'esprit « quel qu'en soit le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination » (L.112-1). La loi du 3 juillet 1985 relative au droit des auteurs et aux droits voisins consacre la fin de la caractéristique « artistique et documentaire » pour les photographies. Même si le CPI conserve les termes « littéraire et artistique » pour le droit d'auteur, on peut y voir la fin d'une exigence esthétique dans l'œuvre, « création de l'esprit ». Œuvrer, dans sa première acception, c'est « travailler, agir ». Créer, c'est « réaliser, concevoir, élaborer, imaginer, inventer, produire ». [3]

Le terme « art » a également des acceptions variées. C'est d'abord « un ensemble de moyens, de procédés réglés qui tendent à une fin : façon, manière, adresse, habileté, savoir-faire. » C'est ensuite l' « expression par les œuvres de l'homme, d'un idéal esthétique ; ensemble des activités humaines visant à cette expression. » [4]

On est passé progressivement de l'acception esthétisante de l'art à une acception plus neutre, indifférente à l'égard du mérite et de la destination. Le 30 octobre 1963, la chambre criminelle de la cour de cassation a considéré qu'un modèle de panier à salade était une œuvre de l'esprit, par sa présentation « nouvelle, originale et agréable à l'œil. »[5] Il ne viendrait pas à l'esprit d'apposer au panier à salade la qualification d'« expression d'un idéal esthétique », ou de « production du génie. »

Il existe désormais trois conditions pour qu'un auteur soit considéré comme tel, et qu'il bénéficie « d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous » (L.111-1 CPI) : que sa production soit une œuvre, qu'elle ait une forme, et enfin, qu'elle soit originale.

En premier lieu, il faut que l'auteur ait créé ce qui s'appelle une œuvre en droit d'auteur. Comme le soulignent A. Lucas et P. Sirinelli[6], « En fait, dans l'ordre chronologique des questions, le problème de l'originalité ne doit intervenir qu'en deuxième lieu, après la détermination des œuvres susceptibles, par nature, d'entrer (ou non) dans le domaine de la propriété littéraire et artistique. » On pourrait formuler la question de manière négative : quel objet créé par l'homme n'est pas une œuvre de l'esprit ? On comprend alors pourquoi les deux autres conditions – l'exigence d'une forme et de l'originalité – ont un rôle à jouer dans la qualification.

[3] Définitions du *Petit Robert, édition 2004*.
[4] *Ibidem.*
[5] Recueil Dalloz.1964.678, note A. Françon.
[6] « Etude : L'originalité en droit d'auteur », Semaine juridique, 1993.I.3681.

L'exigence de forme permet d'écarter de la protection les idées, les concepts et le savoir-faire. La propriété littéraire et artistique s'applique à ce qui est immatériel. On peut enfermer un objet dans un coffre ; on n'y peut pas enserrer le produit de la pensée.

Il faut admettre que la pensée en soi n'a pas de valeur patrimoniale, pas plus que l'air que l'on respire : elle circule librement, se transforme et s'élabore au gré des esprits au travers desquels elle passe. Ce serait finalement une restriction à la liberté de penser et de créer que de vouloir appliquer le droit d'auteur sur telle ou telle idée ou théorie à une personne en particulier. Le traité de l'OMPI (Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle), adopté à Genève le 20 décembre 1996 le stipule en son article 2 : « La protection au titre du droit d'auteur s'étend aux expressions et non aux idées, procédures, méthodes de fonctionnement ou concepts mathématiques en tant que tels. » La volonté est ici de préserver l'équilibre entre droit d'auteur d'une part et droit à l'information, à la recherche et à l'enseignement d'autre part. Une pensée n'est donc pas une œuvre ; c'est la réalisation de la pensée dans une production qui en est une. C'est cette production qui sera l'objet du droit d'auteur.

Pas plus que les idées ni les concepts, on ne peut s'approprier un genre ni un style (par exemple le tango, ou l'impressionnisme). On ne peut pas plus s'approprier ce qui est dans le domaine public, ou dans les lieux communs ; ni non plus ce qui est banal, et dont tout le monde pourrait avoir l'idée. Finalement, ce que l'on peut s'approprier, c'est ce qui nous est propre, et qui n'existe pas chez un autre auteur ; ce dont l'appropriation ne peut pas nuire à un autre créateur, en ce sens que cela n'empêche personne de créer à son tour, parce que cela ne réduit pas le monde des possibilités créatrices, qui est infini.

Ainsi, c'est la matérialisation dans une forme particulière qui détermine la protection : c'est une œuvre de l'esprit, unique, singulière. En d'autres termes, en protégeant une œuvre en particulier, et non pas n'importe quelle création en général, on évite d'octroyer abusivement à une seule personne ce qui appartiendrait de droit à l'humanité entière. D'un autre côté, on encourage et on valorise l'effort personnel de création intellectuelle ; on reconnaît à son auteur l'apport qu'il fait avec son œuvre au patrimoine culturel commun. D'ailleurs, les œuvres sont toutes destinées, après soixante-dix ans suivant le décès de l'auteur, à être restituées à l'humanité entière, dont elles seront le bien commun.

Le droit d'auteur, ainsi, protège les créations de forme. Encore faut-il que la forme en soit originale. Toute la jurisprudence sur le sujet est constante : une création formelle entre dans le champ de la propriété littéraire et artistique à la condition qu'elle soit originale, notion non définie par le législateur, ni même expressément nommée ; notion qualitative, subjective disent les auteurs de doctrine (notamment Henri Desbois), difficile à cerner, encore plus à

définir. Mais cette notion est cependant la clef de voûte du droit d'auteur ; à tel point que Michel Vivant, dans un article récent[7], en parle comme de « la définition d'un objet à partir de ses propriétés – celle de l'œuvre à partir de l'originalité ». C'est désormais la caractéristique qui permet de décider si oui ou non un objet est une œuvre de l'esprit ; et non pas l'idée que l'on se forge de ce qui appartient en général au domaine de l'art.

Il y a au moins deux raisons à cela : d'une part, ce n'est pas à l'artiste ou au critique d'art de dire le droit ; d'autre part, ce n'est pas au juge de décider ce qui relève de l'art ou ce qui n'en relève pas. Au fur et à mesure que sont entrés dans le champ du droit d'auteur des objets de plus en plus hétéroclites, se sont séparées les notions d'œuvre de l'esprit et d'art. Les œuvres de l'esprit originales telles qu'entendues par le droit ne sont plus nécessairement des œuvres littéraires ou artistiques. Michel Vivant le dit dans le même article : « Mais, si l'on revient au droit commun, la question persiste : faut-il lier droit d'auteur et art ? Vous aurez compris que je ne le crois pas. Qu'historiquement, il en fut ainsi, sans doute. Au principe furent le théâtre et Beaumarchais. (…) Ainsi, le droit d'auteur saisit des créations qui ne relèvent pas de l'art tandis que, sans distance prise avec les canons enseignés, il n'a pas vocation à saisir des créations qui prétendent à l'art. » Par conséquent, même si le CPI conserve l'expression « propriété littéraire et artistique », il vaut mieux considérer les termes « œuvres de l'esprit originales », afin de n'être pas choqués par certaines décisions de la jurisprudence, et conserver chacun sa propre idée sur ce qu'est une œuvre d'art.

La définition de l'originalité, selon que l'on se place dans le champ de la critique ou de l'analyse littéraire ou artistique, ou dans la sphère juridique, diffère considérablement. Et du point de vue juridique, elle évolue de même selon l'objet de droit considéré : un roman, une partition musicale, une photographie, une base de données ou un logiciel ne seront pas examinés selon les mêmes critères au regard de l'originalité. Dès lors, la définition de la notion et ses critères entraînent des conséquences sur la façon dont peut être prouvée l'originalité d'une production susceptible d'être considérée comme littéraire ou artistique. Par conséquent, qui doit prouver l'originalité et comment ?

Il convient ainsi de tenter dans une première partie de définir l'originalité dans le sens juridique du terme et d'en cerner les enjeux, puis dans une seconde partie, d'envisager les moyens et la charge de sa preuve.

[7] « Les métamorphoses de l'œuvre : des mythologies aux mythes informatiques », Recueil Dalloz 2010 p.776.

Première partie : Qu'est-ce que l'originalité en droit ?

L'originalité n'a pas été définie par le législateur. Elle a été posée par les magistrats comme un élément de caractérisation de l'œuvre de l'esprit. Cet élément se distingue cependant largement de la notion d'originalité telle que communément acceptée : en effet, l'originalité en droit doit être caractérisée en faisant abstraction du mérite, donc de la qualité de l'œuvre.

Après avoir comparé l'originalité juridique avec l'originalité considérée sous d'autres aspects – notamment sous l'angle du critique d'art ou celui du spécialiste –, on étudiera également comment varie la notion en fonction des différents objets soumis à l'appréciation des juges.

Chapitre I : La définition de l'originalité

Section I : Des œuvres de l'esprit originales et non plus des œuvres d'art géniales

Original : « Qui paraît ne dériver de rien d'antérieur, ne ressemble à rien d'autre, est unique, hors du commun ».
Synonymes : « fantaisie, hardiesse, individualité, nouveauté ; caractère, personnalité ».
Contraires : « banalité, conformisme, imitation, impersonnalité ». [8]

Paragraphe 1 : L'originalité juridique

Nulle part, dans le code de la propriété intellectuelle, n'est affirmée la condition d'originalité de l'œuvre. Le mot apparaît à l'article L 112-4, à propos du titre : « Le titre de l'œuvre de l'esprit, dès lors qu'il présente un caractère original, est protégé comme l'œuvre elle-même. » Il faut regarder du côté des directives communautaires pour y trouver la condition expressément affirmée : « Un programme d'ordinateur est protégé s'il est original, en ce sens qu'il est la création intellectuelle propre à son auteur. Aucun autre critère ne

[8] Définitions du *Petit Robert*, édition de 2004.

s'applique pour déterminer s'il peut bénéficier d'une protection. » (Directive n° 91-250 du 14 mai 1991, Article 1er alinéa 3). Le considérant 17 de la directive n° 93-98 du 29 octobre 1993 relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins pose clairement le critère de la protection des photographies : « il est nécessaire de définir le niveau d'originalité requis dans la présente directive ; qu'une œuvre photographique au sens de la convention de Berne doit être considérée comme originale si elle est une création intellectuelle de l'auteur qui reflète sa personnalité, sans que d'autres critères, tels que la valeur ou la destination, ne soient pris en compte ».

Il semblerait donc qu'il existe un seuil d'originalité en deçà duquel un objet ne pourrait prétendre à la protection. Il n'y a pas de degré de l'originalité juridique : ou bien une œuvre est originale, ou bien elle ne l'est pas. Par conséquent : soit elle reflète la personnalité de l'auteur, soit elle ne la reflète pas. Ou encore : soit n'importe qui aurait pu produire tel ou tel objet, soit il est un fruit unique, produit d'une personnalité unique.

L'absence de la condition d'originalité dans le CPI implique que le critère résulte d'une construction jurisprudentielle. La cour de cassation donne une indication, somme toute suffisamment floue pour laisser le juge dans l'embarras : « L'originalité doit être appréciée tant dans l'aspect général de l'œuvre que dans les éléments la composant. Elle est souverainement appréciée par les juges du fond, la Cour de cassation n'exerçant qu'un contrôle de la dénaturation des faits. » [9]

Liberté est donc laissée au juge, à ceci près qu'il a interdiction de s'en rapporter au mérite de l'œuvre, à sa destination, à son genre, ou à sa forme d'expression (L.112-1 CPI). Dans ces conditions, la qualification par le juge relève d'un véritable exercice d'équilibrisme : car en fonction de quoi peut-on évaluer l'originalité d'une forme, si ce n'est en considération de son mérite ? La fonction du juge, pourtant, est de dire le droit. Et il ne peut pas ne pas le faire, l'article 4 du code civil le lui interdit[10].

[9] Civ, 1ère, 6 juillet 1999 : RIDA oct.1999-187.

[10] « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. »

Paragraphe 2 : L'originalité selon les critiques d'art

Baudelaire, à qui *La Revue Française* avait commandé un article sur le Salon de 1859, écrivait au directeur de la revue en ces termes : « Mon cher M****, quand vous m'avez fait l'honneur de me demander l'analyse du *Salon*, vous m'avez dit : « Soyez bref ; ne faites pas un catalogue, mais un aperçu général, quelque chose comme le récit d'une rapide promenade philosophique à travers les peintures. » Eh bien, vous serez servi à souhait ; non pas parce que votre programme s'accorde (et il s'accorde en effet) avec ma manière de concevoir ce genre d'article si ennuyeux qu'on appelle le *Salon* ; non pas que cette méthode soit plus facile que l'autre, la brièveté réclamant toujours plus d'efforts que la prolixité ; mais simplement parce que, surtout dans le cas présent, il n'y en a pas d'autre possible. Certes, mon embarras eût été plus grave si je m'étais trouvé perdu dans une forêt d'originalités, si le tempérament français moderne, soudainement modifié, purifié et rajeuni, avait donné des fleurs si vigoureuses et d'un parfum si varié qu'elles eussent créé des étonnements irrépressibles, provoqué des éloges abondants, une admiration bavarde, et nécessité dans la langue critique des catégories nouvelles. Mais rien de tout cela, heureusement (pour moi). Nulle explosion ; pas de génies inconnus. Les pensées suggérées par l'aspect de ce Salon sont d'un ordre si simple, si ancien, si classique, que peu de pages me suffiront sans doute pour les développer. Ne vous étonnez donc pas que la banalité dans le peintre ait engendré le *lieu commun* dans l'écrivain. »[11]

A supposer que les juges soient d'intransigeants baudelairiens, il faudrait retirer de la liste des œuvres de l'esprit, au nom de la condition d'originalité, l'immense majorité de ce qui s'y trouve. Baudelaire n'a d'ailleurs pas été confronté à la révolution artistique déclenchée à la fin du XIX^{e} siècle par la généralisation de la photographie, révolution qui a bouleversé le monde de l'art comme celui du droit d'auteur. A l'époque, le problème était de distinguer un bon d'un mauvais tableau : l'un était une œuvre d'art, l'autre pas. La question s'est déplacée ensuite, dans deux sens : la photographie méritait-elle de figurer au catalogue des œuvres d'art au même titre que les toiles des peintres ? D'autre part, les toiles désormais de moins en moins figuratives, puis résolument abstraites – et qui faisaient d'autant moins appel à un

[11] *Critique d'art*, folio essais, page 268.

savoir faire d'imitation de la nature – le méritaient-elles au même titre que les tableaux des maîtres anciens ?

Entre l'art et le droit, les différences sont manifestes : l'artiste se décrète lui-même un artiste, et décrète que sa production est une œuvre d'art (ainsi fit Marcel Duchamp de son urinoir). Le critique d'art se prononce sur la valeur de l'œuvre uniquement en fonction de son mérite, que ce mérite soit de l'ordre du savoir-faire ou de l'ordre intellectuel.

En droit, la notion d'originalité se heurte au contraire à l'indifférence du mérite. Bernard Edelman[12] décrit l'effort du droit comme consistant à élaborer une « neutralité esthétique ». C'est-à-dire que le juge doit se prononcer sur l'originalité de l'œuvre en utilisant des instruments objectifs de qualification. La cour d'appel de Nîmes[13] a récemment refusé d'accepter comme preuve de l'originalité une attestation de membres de l'académie des Beaux-arts : « Il n'appartient pas à la cour d'apprécier les mérites de l'œuvre ou de l'artiste au risque de se déterminer en fonction de sa propre subjectivité. Les avis éminents de trois membres de l'Académie des Beaux-arts, s'ils peuvent constituer une critique respectable de l'art de M.X…, sont inopérants à cet égard dans la démonstration de l'absence de contrefaçon. »

Claude Colombet[14] commente dans son ouvrage *Propriété littéraire artistique et droits voisins* un arrêt de la Cour de Nîmes du 9 juin 1976. La cour estimait qu'elle ne devait pas porter un jugement de valeur « sur les caractères artistiques, originaux et harmonieux des plans litigieux ». L'arrêt a été censuré par la cour de cassation comme amalgamant les notions de mérite et d'originalité. Effectivement, aucun jugement de valeur ne doit être formulé par le juge, mais il est tenu en revanche de se prononcer sur l'originalité.

Ainsi, la notion d'originalité en droit d'auteur ne se fonde ni sur les qualités de l'artiste, ni sur une connaissance spécialisée dans les domaines particuliers des productions protégées par le droit. « A quelles incertitudes, à quels désordres serait-on conduit s'il fallait classer légalement les ouvrages de l'esprit par leur utilité, leur moralité, leur style, leur nouveauté, leur originalité » écrivait Renouard en 1839.[15] Pourtant aujourd'hui, la nouveauté, c'est la condition d'obtention d'un brevet en propriété industrielle, et l'originalité, celle de la reconnaissance d'une production comme œuvre de l'esprit.

[12] *La propriété littéraire et artistique*, PUF, Que sais-je ? 2008.
[13] Cour d'appel de Nîmes, 26 mai 2009, N°RG : 06/01115.
[14] *Propriété littéraire artistique et droits voisins*, précis Dalloz, 1999.
[15] *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences, les beaux-arts*, Paris, 1839.

L'enjeu de la caractérisation des objets mis en cause est important : il s'agit maintenant d'examiner les conséquences juridiques qu'emportent la qualification ou non d'œuvre de l'esprit.

Paragraphe 3 : Des conséquences juridiques

De l'originalité découlent des prérogatives : « L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous. Ce droit comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial. » (L 111-1 CPI). L'auteur détient ainsi le monopole d'exploitation sur son œuvre, et peut par conséquent autoriser ou interdire la reproduction ou la représentation de sa production, ou céder ses droits d'exploitation.

Si l'œuvre est exploitée sans son autorisation, alors c'est un délit. C'est pourquoi la qualification d'œuvre de l'esprit par le critère de l'originalité emporte la qualification de contrefaçon ou d'absence de contrefaçon : ce qui est banal peut être reproduit, représenté ou adapté librement, ce qui est original ne peut l'être sans l'accord de l'auteur.

Le concept est largement subjectif, la sanction résolument concrète. A. Lucas et P. Sirinelli le soulignent ainsi : « La sévérité de la répression n'est pas, en soi, blâmable, cependant n'est-il pas paradoxal de faire dépendre des sanctions si dures d'un concept aussi mou ? ».[16]

La sanction du juge sur la détermination de l'œuvre est décisive, parce qu'elle a des conséquences du point de vue de la responsabilité civile, mais aussi du point de vue de la responsabilité délictuelle. L'article 335-2 du CPI dispose : « Toute édition d'écrits, de composition musicale, de dessin, de peinture ou de toute autre production, imprimée ou gravée en entier ou en partie, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs, est une contrefaçon et toute contrefaçon est un délit.
La contrefaçon en France d'ouvrages publiés en France ou à l'étranger est punie de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende. » Ici, la notion d'originalité prend une dimension pénale et il n'est pas question pour le juge de l'apprécier à la légère.

Devant la juridiction civile, outre le versement de dommages intérêts à l'auteur lésé, peuvent être prononcées des sanctions visant la cessation de la contrefaçon. A titre d'exemple, la 14^{e} chambre de la Cour de Versailles a jugé, le 6 novembre 1998, une affaire concernant la

[16] « Etude : L'originalité en droit d'auteur », Semaine juridique, 1993.I.3681.

reprise dans une version pornographique des personnages du film Tarzan. Ici les personnages sont suffisamment caractérisés pour valoir comme œuvre originale : « …le personnage lui-même et les conditions de sa présentation constituant une création assez originale pour servir de doléance à une contrefaçon ; qu'il sera suffisamment exposé que l'œuvre déterminée mentionnée ci-dessus, comme celles appartenant à la série des Tarzan, se caractérise en premier lieu par le personnage en cause, fils d'aristocrates britanniques élevé dans la jungle par des singes et émetteur, le cas échéant, d'un cri caractéristique, et en second lieu par d'autres personnages originaux et par une intrigue présentant des caractéristiques constantes ; que le film incriminé reproduit ces éléments en identifiant les personnages comme étant Tarzan, Jane et Sheeta, avec des attributs vestimentaires adéquats, et les fait évoluer dans un cadre apparemment équatorial avec enchaînement des épisodes consacrés, à savoir une rencontre inopinée, un enlèvement par de présumés cannibales, un retour à la civilisation avec apprentissage des bonnes manières et tous autres éléments d'une imitation servile caractéristique d'une reproduction manifeste. » La cour confirme le jugement du juge de référé interdisant la distribution du film. L'abondance de détails prouvant les similitudes entre les deux productions se retrouve en général dans les décisions qui tendent à confirmer ou infirmer la contrefaçon. Ici, l'originalité de la première œuvre découle de la composition mais aussi de la construction des personnages.

On peut également remarquer que la reprise d'éléments de l'œuvre première est interdite si l'auteur de l'œuvre seconde n'a pas demandé l'autorisation de l'auteur de l'œuvre première. Dès lors que l'autorisation est demandée et obtenue – moyennant éventuellement rémunération –, alors il n'y a plus contrefaçon, mais œuvre composite. De même, si l'œuvre réutilisée par une autre personne est tombée dans le domaine public, il n'est plus nécessaire d'obtenir une autorisation, à condition de respecter le droit moral de l'auteur de l'œuvre première, notamment en mentionnant son nom - c'est-à-dire en respectant son droit à la paternité - . En revanche, dans l'arrêt considéré, si les personnages et la composition de Tarzan avaient été qualifiés de banals par la cour, alors il y aurait eu mainlevée de la saisie.

Pierre-Yves Gautier l'exprime ainsi[17], a propos de l'affaire « *Autant en emporte le Vent* » : « Le mot « originalité » est donc la clé de la bataille, qui permettra à l'œuvre d'accéder aux faveurs de la loi, et dans les cas de contrefaçon comme dans l'affaire « Autant en emporte le vent », de faire condamner le contrefacteur ; l'originalité de la première œuvre est en effet une condition préalable au succès de l'action. »

[17] « Les critères qualitatifs pour la protection littéraire et artistique en droit français. » in *Revue internationale de droit comparé*, 1994, Volume 46, numéro 2.

Après avoir cerné l'importance de la notion d'originalité en droit d'auteur et ses conséquences juridiques, intéressons-nous désormais aux variations de cette notion en fonction des objets considérés. L'analyse – même si elle reste une analyse purement juridique, et qui recherche l'objectivité – d'une toile ne saurait être diligentée de la même façon que celle d'un annuaire téléphonique. Ici, on parle de palette, de plans, de traits. Là, on parle de disposition, de classement, de choix.

Section II : Variations de la notion en fonction de la nature de l'objet considéré :

L'indifférence au regard du genre de la forme créée devrait, en principe, mettre toutes les œuvres de l'esprit dans la même position face à la question de l'originalité. On observe néanmoins un *a priori*, une présomption d'originalité dans le cas des œuvres relevant des arts plastiques, de la littérature et de la musique, du cinéma et de la danse. Finalement, la question des objets susceptibles d'entrer dans le champ du droit d'auteur se déplace vers la fonction de l'originalité. C'est l'originalité qui permet de faire le tri entre les productions considérées ou non comme littéraires ou artistiques.

Paragraphe 1 : Les œuvres d'art pur :

On pourrait rechercher en vain des décisions tendant à évaluer l'originalité d'une œuvre telle que *Le vaisseau fantôme* de R. Wagner, ou *Le capitaine Fracasse* de Th. Gautier, ou encore *Le radeau de la Méduse* de Th. Géricault. Tout le monde s'accorde à dire que ce sont des monuments d'originalité. Il ne serait pourtant pas inutile de le faire, parce qu'ainsi seraient dégagés les instruments juridiques fiables quant à la qualification.

La cour de cassation estime que « L'originalité doit être appréciée tant dans l'aspect général de l'œuvre que dans les éléments la composant. » C'est dans cette optique que Henri Desbois extrayait deux éléments dans les œuvres littéraires : la composition et l'expression, et trois dans les œuvres musicales : le rythme, la mélodie, l'harmonie.

Dans une œuvre classique telle que *Le lion et le rat* de Jean de La Fontaine, la composition n'est pas originale, parce l'histoire est tirée d'une fable antique ; l'auteur n'a rien créé de ce point de vue. La fable tire son originalité de son expression : elle est racontée en français, sous une forme poétique, dans un style propre à Jean de La Fontaine.

En ce qui concerne l'art pur cependant, l'originalité n'est jamais contestée, dès lors qu'il n'y a pas reproduction servile d'une œuvre préexistante. La dissociation des éléments composant la création est examinée lors d'une action en contrefaçon, afin de démontrer s'il y a ou non reproduction.

En art pur en effet, on suppose en général que l'auteur a cherché à créer une œuvre originale, distincte des créations préexistantes. Dès lors, il n'est plus possible de se prononcer sur l'originalité tout en faisant abstraction du mérite.

Paragraphe 2 : Les œuvres d'art appliqué :

Les œuvres d'art appliqué bénéficient de la protection, mais seulement si elles sont originales. L'exigence supplémentaire vient de ce que la création ici poursuit une double finalité : à la fois objet utile et objet d'art. La loi sur la propriété littéraire artistique ne protège pas la fonction utilitaire de l'objet ; elle en protège la singularité esthétique. En l'absence de litige, le créateur de ce genre de production ne peut pas être totalement assuré que son œuvre constitue ou non un objet protégé par le droit d'auteur. On réalise ici que plus la création s'accompagne d'éléments utilitaires, plus la condition d'originalité devient impérative : présumée en art pur, elle doit être démontrée en art appliqué.

La naissance de la notion d'originalité coïncide par conséquent avec la notion d'indifférence du genre et de la destination. Les juges du fond caractérisent l'originalité : ils y sont tenus, et la cour de cassation, si elle ne contrôle pas la qualification, contrôle en revanche la motivation. Il est en effet récurrent que les défendeurs à une action en contrefaçon contestent l'originalité de l'objet contrefait. Le 9 octobre 1974[18], la chambre criminelle de la cour de cassation a ainsi examiné un pourvoi concernant un décapsuleur, et confirmé un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 9 novembre 1972 dont les énonciations lui paraissaient « exemptes d'insuffisances » : « Attendu que l'arrêt précise que le décapsuleur litigieux se caractérise « par son contour d'os en forme de mouton, par la découpe de sa fenêtre de décapsulage, par sa couleur ainsi que par un support de capsule formé d'un fil en U fixé en deux points par deux écrous borgnes à six pans » ; Que la cour d'appel déclare que cette dernière particularité le distingue essentiellement des décapsuleurs de même forme qu'on trouve dans le commerce, qu'il présente du fait de cette combinaison une physionomie particulière et originale et qu'il mérite, dès lors, la protection légale ; ». Ainsi, dès lors que les juges du fond se sont attachés à caractériser ou non l'originalité de la création en cause,

[18]Cour de cassation, Chambre criminelle, N° de pourvoi : 72-93686.

une multitude d'objets sont susceptibles de bénéficier de la protection : la carrosserie d'une automobile[19], et pourquoi pas un modèle de poubelle[20].

Paragraphe 3 : Les photographies :

En ce qui concerne la photographie, on ne parle plus d'art appliqué : soit une photographie est une œuvre d'art, soit elle est une prestation technique. Par exemple, la cour administrative d'appel de Nancy a jugé[21] que des photographies qui sont « la représentation objective de phénomènes biologiques ne sont pas originales. » Ainsi, l'étudiante qui préparait sa thèse de doctorat dans un laboratoire de mécanique et d'ingénierie cellulaire ne pouvait refuser que ses propres clichés soient réutilisés par d'autres chercheurs, avec ou non mention de son nom.

De la même façon, la Cour d'appel de Paris[22] a infirmé une décision condamnant à 100 000 euros de dommages-intérêts une société éditrice de presse pour avoir scanné et publié des photos d'un couple « people » prises par un paparazzi sans l'autorisation du photographe. La cour d'appel a estimé que le tribunal de commerce aurait dû « opérer des recherches, eu égard aux éléments de la cause, en vue de caractériser l'originalité des clichés litigieux ». La cour d'appel met ensuite en avant le « comportement purement passif » des photographes « qui ne sauraient se prévaloir d'une mise en scène, ni d'un cadrage particulier, pas plus que du choix d'un angle de vue et encore moins du moment pour réaliser les clichés litigieux. » La cour déduit également l'absence d'originalité de la technique de « tout paparazzi à l'affût d'une scène, à la composition de laquelle il est étranger, qu'il convient, pour reprendre l'expression consacrée, de shooter les personnages y participant, suivant la technique du déclenchement continu, dite de la « prise en rafale ». »

Si l'on opère une comparaison, cependant, entre le paparazzi et le photographe animalier, on remarque que la technique utilisée est, dans les deux cas, sensiblement la même. Les photographes animaliers ont coutume de se définir eux-mêmes comme des « chasseurs-photographes », ou « chasseurs d'images ». On hésite nettement moins, pourtant, à les classer parmi les artistes (la jurisprudence tendant à infirmer la qualité d'auteur au photographe animalier n'existe pour ainsi dire pas). Ce qui pourrait éventuellement démontrer que ce n'est pas véritablement la technique qui pose en soi un problème quant au paparazzi, mais plutôt

[19] Cour de cassation, chambre criminelle, 22 juin 1967, N° de pourvoi : 66-90366.
[20] Cour d'appel de Lyon, 26 mars 2009.
[21] Cour administrative d'appel de Nancy, 19 mars 2009 N° 07NC01327.
[22] 5 décembre2007, N° de RG : 06/15937.

l'absence de l'autorisation du sujet photographié. Mais on sort alors du domaine de l'originalité pour entrer dans celui de la morale, et donc, du mérite.

Le problème à propos de la photographie, c'est qu'elle annonce une fracture d'avec l'idée que l'on se faisait jusqu'à son apparition du travail de l'artiste. Des auteurs tels qu'Henri Desbois se montrent critiques à l'égard de la reconnaissance de l'œuvre photographique en tant que telle[23] : « Pour que les œuvres des arts figuratifs soient investies des droits d'auteur, il suffit, mais il faut que l'exécution ait été le fait de l'homme : telle est la formule fondamentale, que les tribunaux français paraissent avoir perdu de vue, quand il leur incomba de se prononcer sur les photographies. » Il dit également : « L'opérateur fait preuve de personnalité, de goût dans les préparatifs d'une prise de vue, mais il n'exécute pas de ses mains le cliché. » Ici encore, la fonction de la notion d'originalité est de départager les photographies présentant une recherche esthétique de celles qui ne sont que de banals clichés. Mais il est d'autres objets du droit d'auteur pour lesquels on s'éloigne nettement plus de la notion de recherche esthétique. C'est le cas du logiciel. Où la légitimité de l'inclusion du logiciel dans le champ de la propriété littéraire et artistique est-elle située ?

Paragraphe 4 : Les logiciels :

En ce qui concerne le logiciel, il faut retourner quelques années en arrière afin de comprendre la pertinence de son inclusion dans le droit d'auteur, et le refus par une majorité des parlementaires européens de l'admettre en droit des brevets.

La directive du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur visait à harmoniser les législations nationales afin d'offrir partout en Union Européenne la même protection aux logiciels. Le second considérant de la directive affirme clairement l'intention de protéger non pas ce qu'il y a d'artistique dans le programme d'ordinateur, mais l'investissement : « Considérant que la création de programmes d'ordinateur exige la mise en œuvre de ressources humaines, techniques et financières considérables alors qu'il est possible de les copier à un coût très inférieur à celui qu'entraîne une conception autonome …». Le sixième considérant prescrit, « dans un premier temps », la protection du logiciel dans les Etats membres par le droit d'auteur en tant qu'œuvres littéraires. Il s'agissait donc de protéger efficacement les logiciels contre la copie : l'intention

[23] *La propriété littéraire et artistique*, A. Colin, 1953.

du législateur européen n'était pas d'accorder au logiciel une valeur artistique au même titre qu'au roman, mais de rechercher une protection adéquate à la lutte contre la copie, c'est-à-dire la reproduction.

Finalement, il est également juste de protéger ce qui peut être pillé, que ce soit l'investissement intellectuel du créateur, ou l'investissement financier du programmeur (ou de son employeur). La condition d'originalité est d'autant plus justifiée qu'elle évite l'appropriation par une personne de codes sources d'utilisation banale : le monopole d'exploitation pourrait alors mener à un abus de position dominante.

Le sixième considérant parlait de protection par le droit d'auteur « dans un premier temps ». Le débat communautaire s'est ensuite porté sur l'éventuelle protection des logiciels par le droit des brevets. Le projet de directive « concernant la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur » a été rejeté. Le rapport de Michel Rocard[24] est très clair à ce sujet : « Quelques grandes sociétés, mais pas toutes, dans le domaine qui nous intéresse, se sont lancées dans une stratégie massive de dépôt, d'achat, et de défense de brevets sur des inventions contrôlées par ordinateur en franchissant de plus en plus la ligne rouge qui sépare une contribution technique de ce qui n'est pas technique, avec l'espoir de voir finalement inclure dans le brevet le logiciel lui-même qui permet le contrôle de l'invention par un ordinateur. Cette stratégie est possible aux Etats-Unis, qui n'ont pas adopté de législation sur ce sujet. Elle ne l'est en principe pas en Europe, où la Convention de Munich l'interdit et où la jurisprudence de l'Office européen des brevets demeure prudente mais quelque peu incertaine. Le seul moyen de donner satisfaction à ces sociétés pour leur permettre de consolider et d'étendre cette stratégie serait de réviser la Convention de Munich de 1973, et d'y supprimer l'article 52-2 qui se résume à cette disposition : les logiciels ne sont pas brevetables. Personne n'y pense, personne ne le veut, et le Conseil dans sa position commune a fort justement pris la position inverse en suivant au demeurant la Commission européenne. La proposition de votre rapporteur est de soutenir dans le principe cette position du Conseil. Un logiciel en effet n'est pas plus brevetable qu'un accord de musique ou une alliance de mots. En tant que groupe de formules mathématiques reliées, il est une production de l'esprit humain dans l'ordre des idées. Et la libre circulation des idées est le principe fondateur de notre civilisation. »

[24] *Rapport relatif à la position commune du Conseil en vue de l'adoption de la directive du Parlement européen et du Conseil concernant la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur.* En ligne sur le site du Parlement européen.

La condition du dépôt pour un brevet est la nouveauté. Mais il y a également une condition économique : le brevet coûte cher, et celui qui en a les moyens – donc les grandes entreprises – risque de s'accaparer les inventions nouvelles (pas nécessairement originales) plus facilement que des entreprises au pouvoir économique moindre. Cela aurait nécessairement conduit à des distorsions de concurrence.

Les exigences de forme et d'originalité du droit d'auteur évitent l'appropriation des simples idées et méthodes d'une part, des nouveautés banales d'autre part. Ici, il ne s'agit pas de réserver au premier arrivé le monopole d'exploitation ; mais de le réserver au créateur d'une forme originale, n'excluant pas l'utilisation par un autre de la même idée ou méthode sous une autre forme. La libre concurrence est mieux respectée dans le cas de l'inclusion du logiciel dans la propriété littéraire et artistique.

La propriété intellectuelle protège les biens incorporels : d'un côté, par le droit d'auteur ; de l'autre, par le droit de la propriété industrielle. Ce sont deux catégories, dans l'une ou l'autre desquelles il faut bien faire entrer tout ce qui ne relève pas du monde matériel. Chaque catégorie offre ses critères et son cadre juridique. Les conditions et la protection accordée par le droit d'auteur offrent un cadre juridique plus protecteur et plus juste, semble-t-il, au regard de l'innovation et de la concurrence, au logiciel.

Spontanément, personne ne songerait à considérer un programme d'ordinateur comme de la littérature ou comme de l'art, cela est certain. Cela n'empêche qu'à bon droit, le programmeur doit bénéficier d'un cadre juridique adéquat. Cependant, l'inclusion du logiciel dans le droit d'auteur, en tant qu'elle ne protège pas vraiment une production littéraire, mais plutôt un investissement économique, a conduit le législateur à ajouter des dispositions particulières au logiciel dans le CPI. En effet le droit moral, dans le cas du logiciel, est nettement réduit : le programmeur ne peut s'opposer à la modification du logiciel par son employeur si elle n'est pas préjudiciable à son honneur ou à sa réputation, ni exercer le droit de retrait ou de repentir (L 121-7 CPI). Quant aux droits patrimoniaux, ils sont dévolus à l'employeur (L 113-9 CPI).

Chapitre II : Les critères de l'originalité

Comme il apparaît que l'inclusion dans le droit d'auteur de nouveaux objets apporte des transformations au régime juridique de la propriété littéraire et artistique, elle apporte également des transformations dans le vocabulaire des juges tendant à caractériser l'originalité des productions considérées. Certains critères sont évidemment mieux adaptés à certaines œuvres : ainsi pour les photographies, les bases de données et l'art conceptuel, le choix arbitraire ; pour les logiciels, l'effort intellectuel. Le critère le plus utilisé par les juges reste celui de l' « empreinte de la personnalité ».

Section I : L'empreinte de la personnalité

Selon Michel Vivant et Jean-Michel Bruguière[25], l'expression « empreinte de la personnalité » pour décider de l'originalité a été employée pour la première fois lors de l'affaire Cavour, en 1862[26], à propos d'une photographie. Joseph-Marie Portalis, disent-ils, parle d'une propriété par « indivision de l'objet et du sujet ». Une création empreinte de la personnalité de son auteur est un objet qui résulte de la singularité de la personne qui l'a créé.

Henri Desbois[27] explique qu'en peinture le choix du sujet peut être absolument banal ; c'est son traitement par le peintre qui en fait une œuvre originale. Claude Monet a peint dix-huit fois la Cathédrale de Rouen selon la même vue frontale, et ces dix-huit toiles, toutes différentes par le traitement de la lumière et de la couleur, démontrent que l'idée n'a pas de rapport direct avec l'originalité. Elle peut être universelle, rebattue ; et donner néanmoins naissance à une œuvre originale. Et Monet n'a pas d'ailleurs le monopole pictural de la Cathédrale de Rouen : un autre peintre qui représenterait à son tour le monument, et selon la même vue frontale, ferait à coup sûr un tableau que l'on distinguerait facilement de l'œuvre de Monet.

Le critère s'adapte très bien aux arts figuratifs, à la musique, à la littérature. Mais il présente deux difficultés dans d'autres cas : d'abord lorsque vient s'interposer un intermédiaire technique entre la main de l'homme et l'objet produit : un objectif, un

[25] *Droit d'auteur*, précis Dalloz, 2009.
[26] CA Paris, 10 avril 1862, D.1863.I.53.
[27] *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 1966.

ordinateur (1). On définit alors l'empreinte de la personnalité comme un ensemble de choix personnels (2).

Ensuite, lorsque l'objet en question comporte un faible degré de créativité (3), on tente d'y repérer les éléments qui n'ont pas été guidés par la seule contrainte technique, et recèlent la marque d'une prise de liberté de la part du créateur (4).

Paragraphe 1 : L'intermédiaire technique

« L'originalité de la photographie par rapport à la peinture réside donc dans son objectivité essentielle. Aussi bien, le groupe de lentilles qui constitue l'œil photographique substitué à l'œil humain s'appelle-t-il précisément « l'objectif ». Pour la première fois, entre l'objet initial et sa représentation, rien ne s'interpose qu'un autre objet. Pour la première fois, une image du monde extérieur se forme automatiquement sans intervention créatrice de l'homme, selon un déterminisme rigoureux. La personnalité du photographe n'entre en jeu que par le choix, l'orientation, la pédagogie du phénomène ; si visible qu'elle soit dans l'œuvre finale, elle n'y figure pas au même titre que celle du peintre. Tous les arts sont fondés sur la présence de l'homme ; dans la seule photographie nous jouissons de son absence. » [28]

En photographie, l'acte de création est opéré avant la matérialisation de cette création. Tout le travail est réalisé comme préparation à un simple déclenchement. Activer un déclencheur est un acte technique, c'est ce qui vient clore le travail artistique du photographe. C'est un geste équivalent à celui du peintre qui vient poser sa signature sur la toile qu'il a terminée. Il y a pourtant des photographies que les experts peuvent attribuer à leur auteur, tant elles sont empreintes de la technique particulière de l'artiste, et de la mise en scène du sujet.

Mais la technique ici ne s'apparente pas à la maîtrise par le peintre de son pinceau, à celle du violoniste de son instrument : ce sont des choix, de cadrage, de l'heure, du sujet, de l'environnement, de l'ouverture, de la vitesse. Chez l'écrivain, le peintre, le musicien, on parle volontiers de virtuosité, notion dans laquelle entre le savoir-faire. Chez le photographe, on parle de choix.

[28] BAZIN, André, *Qu'est-ce-que le cinéma ?* Editions du Cerf, 1985.

Paragraphe 2 : Le choix arbitraire

Le choix semble donc un critère plus approprié chez le photographe, comme d'ailleurs en ce qui concerne l'art contemporain : « Le droit devrait, à l'instar des experts du monde de l'art, reconnaître que le choix d'un objet puisse traduire la personnalité de l'artiste et par suite l'originalité d'une œuvre d'art. » [29]

Effectivement, l'œuvre considérée en art contemporain comme le manifeste de l'art conceptuel, *Fontaine* de Marcel Duchamp, exposée à la New Tate Gallery à Londres, n'est rien d'autre qu'un simple urinoir, du modèle le plus banal qu'il soit. Cet urinoir ne présente aucun intérêt en soi ; ce qui est intéressant, c'est le décalage qui réside dans l'idée d'exposer un objet de la vie quotidienne qui justement est toujours isolé, caché, comme faisant partie de l'intimité la plus secrète des personnes. L'objet n'est pas ici empreint de la personnalité de son auteur ; celui-ci ne l'a pas produit, il l'a simplement déplacé, sorti de son contexte habituel. C'est, comme dans la photographie, une mise en lumière d'un sujet.

Ce critère du choix arbitraire est désormais entré dans le champ communautaire (Directive du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, article 3) : « Conformément à la présente directive, les bases de données qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent une création intellectuelle propre à leur auteur sont protégées comme telles par le droit d'auteur. Aucun autre critère ne s'applique pour déterminer si elles peuvent bénéficier de cette protection. » L'article 112-3 du CPI reprend les mêmes termes de « choix ou disposition des matières. » Curieusement, le critère s'adapte ici à des œuvres très différentes : une œuvre picturale abstraite, ou une base de données. Mais si les œuvres picturales sont toujours considérées comme des œuvres de l'esprit, il n'en va pas de même pour les bases de données : « N'a pas donné de base légale à sa décision la Cour d'Appel qui a décidé qu'un « organigramme » des principales entreprises mondiales de construction automobile publié dans une revue constituait une création originale, alors qu'un travail de compilation d'informations n'est pas protégé en soi par la loi du 11 mars 1957, et qu'elle n'a pas précisé en quoi le texte ou la forme graphique de cette publication comporterait un apport intellectuel de l'auteur, caractérisant une création originale. » [30]

[29] WALVARENS, Nadia, « L'œuvre d'art en droit d'auteur : forme et originalité des œuvres d'art contemporaines », Economica, 2005 ; cité par VIVANT, Michel et BRUGUIERE, Jean-Michel, *Droit d'auteur*, Précis Dalloz, 2009.
[30] Cour de cassation, Civ., 1ère, 2 mai 1989 ; SARL Les publications pour l'expansion industrielle c. SA Coprosa.

Lorsque l'auteur de la base de données se voit refuser la protection de l'article 112-3, encore peut-il se retourner vers celle de l'article 341-1, qui protège l'investissement du producteur de base de données (loi du 1er juillet 1998). Il y a d'autres exemples en propriété intellectuelle d'une double protection : celle des dessins par la propriété littéraire et artistique et par la propriété industrielle. Là le dessin est protégé parce qu'il est original, ici parce qu'il est nouveau. Pour les dessins cependant, la protection a le même objet. Alors que pour les bases de données, il s'agit tantôt de protéger l'apport intellectuel, tantôt l'apport financier.

Ce qui est troublant également, c'est le lieu où sont placées les dispositions relatives aux producteurs de bases de données dans le CPI : avec les dispositions générales relatives aux droits d'auteur et aux droits voisins. Ni droit d'auteur, ni droit voisin ; droit *sui generis*.

Les droits voisins des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes protègent eux aussi un investissement financier ; à ce titre, le droit du producteur de données pourrait s'insérer dans ce genre de droits voisins. Cela dit, la différence réside dans la finalité de l'objet : les phonogrammes et les vidéogrammes mettent en valeur les œuvres de l'esprit, favorisent la circulation des créations. Les bases de données, comme l'exprime le considérant 9 de la directive du 11 mars 1996, « constituent un outil précieux dans le développement d'un marché de l'information dans la Communauté ».

En d'autres termes, il s'agit d'un côté de favoriser la circulation des créations, de l'autre côté, celle des informations. Par conséquent, que vient faire le producteur de la base de données dans la propriété littéraire et artistique ?

Il ne s'agit pas de réorganiser ici le CPI. Mais il semble qu'il serait plus naturel de distinguer entre protection de l'apport intellectuel d'un côté, et donc ranger les artistes interprètes dans la catégorie des auteurs, et protection de l'apport financier de l'autre, et installer tous les producteurs ensemble. Après tout, une mise en scène est une œuvre de l'esprit ; pourquoi une interprétation n'en serait-elle pas une ?

Autre distinction : il ne paraît pas très ordonné de ranger le panier à salade à côté du *Radeau de la Méduse*. Certains auteurs l'expriment avec agacement : « Il suffirait que les industriels promoteurs de nouveauté soient protégés par la loi qui leur est dévolue, la loi sur les dessins et modèles, que le législateur mette fin à la stupide règle de l'unité de l'art qui porte dans le droit d'auteur une confusion dommageable, et qui n'a de sens que pour ceux qui n'ont que faire des artistes et des auteurs. » [31]

[31] TRICOIRE, Agnès, « Le droit d'auteur au service de l'industrie ou la mort de l'art. » in Colloque international *Mutations des industries de la culture, de l'information et de la communication*, septembre 2006. Article en ligne sur le site de l'OMIC (Observatoire des mutations des industries culturelles).

Pour retrouver une certaine cohérence à l'intérieur de la propriété littéraire et artistique, il faut regarder les prérogatives : certains objets sont rangés dans certaines catégories parce que les prérogatives afférentes à ces catégories sont des protections efficaces pour les objets en question. Par exemple, le logiciel est protégé par le droit d'auteur parce que le droit d'auteur permet de lutter efficacement contre la copie servile. Ainsi, Microsoft est un auteur, Leonard Bernstein, chef d'orchestre, n'en est pas un (il le devient au titre de ses compositions).

Paragraphe 3 : Le faible degré de créativité

L'indifférence du mérite implique que le degré de créativité n'a pas à être considéré par les magistrats. La cour de cassation l'a récemment rappelé dans une décision du 19 janvier 2010[32] : « …qu'en opérant une distinction (…) entre des éléments présentant une « totale originalité » et des éléments présumés moins originaux, cependant que le degré d'originalité est totalement indifférent en matière de protection du droit d'auteur, la cour d'appel s'est déterminée par une motivation inopérante et a privé sa décision de toute base légale au regard des articles L.112-1 et L.112-2 du Code de la propriété intellectuelle ».

Pierre-Yves Gautier [33] ainsi qu'A. Lucas et P. Sirinelli [34] emploient tous les trois le mot « affadissement », le premier pour « insister sur la déformation et l'affadissement du droit d'auteur », les seconds pour constater l'influence de l' « affadissement du lien avec la personne du créateur » par le recours à des concepts comme celui d' « effort intellectuel » sur le contenu du droit, notamment le droit moral de l'auteur : « On peut penser par exemple, que retoucher une œuvre utilitaire ne sera pas nécessairement considéré comme un manquement au devoir de respect ; à titre de sondage, qui voit, véritablement, dans le remaniement d'un indicateur de chemin de fer ou la mauvaise traduction du mode d'emploi d'une machine à laver une atteinte à l'intégrité de l'œuvre ? ».

On ne peut rapprocher le critère de l'empreinte de la personnalité de l'auteur pour une œuvre de l'esprit telle que le mode d'emploi d'une machine à laver. Si Alexandre Dumas avouait avoir été triste à en pleurer après avoir achevé l'écriture de *Vingt ans après*, parce que dans son esprit une aventure se terminait, le concepteur du mode d'emploi de la machine à

[32] Chambre commerciale, 19 janvier 2010, N°de pourvoi : 08-15216.
[33] « Les critères qualitatifs pour la protection littéraire et artistique en droit français », in *Revue internationale de droit comparé*, 1994, Volume 46, numéro 2.
[34] « Etude : L'originalité en droit d'auteur », Semaine juridique, 1993.I.3681.

laver ne peut pas ressentir ce genre de deuil : « Le métier de romancier a certes bien ses plaisirs, ses joies, ses orgueils surtout, mais comme il a ses tristesses aussi, et une de ces tristesses-là, tristesse incompréhensible peut-être pour quelques-uns, mais réelle, mais profonde, mais infinie pour moi, c'est d'avoir donné le jour à un personnage, de l'avoir élevé, choyé, vu grandir, (…) et au jour venu de sentir l'implacable nécessité qui vient vous sommer de rendre à la terre, c'est-à-dire à l'oubli, ce doux rêve de votre imagination dont vous étiez habitué à être le compagnon, le conseiller, le père. » [35]

En ce qui concerne un mode d'emploi, un logiciel ou un annuaire, les combinaisons sont guidées plutôt par la nécessité que par la fantaisie. Les concepteurs des annuaires ou les programmeurs de logiciels agissent souvent dans le cadre d'un contrat de travail et pour une finalité particulière, utilitaire. A priori, on ne leur demande pas de déployer des efforts d'imagination, mais de répondre à un besoin exprimé par le marché. On se heurte ici à l'indifférence de la destination. Au nom de l'unité de l'art, on ne doit pas considérer le critère de la finalité de l'objet.

On peut cependant faire une distinction entre une porcelaine de Saxe et un bottin : dans un cas, on sépare facilement ce qui est purement fonctionnel de ce qui est décoratif, donc artistique. Dans l'autre cas, c'est plus complexe. C'est pourquoi l'adaptabilité des critères trouve sa justification dans des créations qui sont à la périphérie de ce qui est véritablement artistique ou littéraire. La liberté de l'auteur réside dans l'absence de contrainte, que cette contrainte soit liée à une technique ou à la demande d'un employeur. Cette notion permet de déceler la part personnelle de créativité qu'apporte le concepteur d'un objet dans sa réalisation.

Paragraphe 4 : La liberté

Bernard Edelman propose une définition contenant le critère de la liberté : « Lorsque l'effort intellectuel se résout à la mise en œuvre d'une technique, il ne peut y avoir formalisation d'une conception littéraire ou artistique. » [36]

[35] Lettre d'Alexandre DUMAS à Perrée. *Le vicomte de Bragelone*, Robert Laffont, quatrième de couverture.
[36] *La propriété littéraire et artistique*, PUF, Que-sais-je ?, 2008.

Il ne faut pas que la production résulte uniquement de contraintes imposées par la technique. Dans les créations à caractère utilitaire ou professionnel, on doit distinguer ce qui relève de la technique de ce qui relève du choix du créateur : seul ce dernier élément est susceptible d'être protégé par le droit de la propriété littéraire et artistique.

On peut examiner ici l'exemple des écritures des avocats. Elles sont contraintes de respecter le formalisme exprimé à l'article R.411-1 du code de la justice administrative. La chambre criminelle de la cour de cassation a confirmé, le 16 juin 2009[37], une décision de la cour d'appel d'Aix-en-Provence refusant la caractérisation d'œuvre à une requête en annulation de permis de construire. Pour la cour d'appel, l'acte se contentait « d'indiquer la nature de l'acte administratif attaqué », de « rappeler les dispositions applicables », de « viser les textes de loi en vigueur », et de « reproduire des extraits d'ouvrages juridiques ». La cour d'appel reconnaissait en revanche que « le document analyse les faits de l'espèce au regard des dispositions appropriées », mais sans pour autant présenter, « dans la forme comme dans le fond, de caractère d'originalité de nature à révéler la personnalité de l'auteur. » Par conséquent, un confrère de l'avocat ayant produit la requête pouvait parfaitement reproduire les écritures en question pour son propre compte sans se rendre coupable de contrefaçon.

Dans la solution ici considérée, la qualification d'œuvre de l'esprit est refusée au titre du manque d'originalité. La banalité s'analyse comme un manque d'émancipation par rapport aux contraintes liées au formalisme de l'article R.411-1. Il n'en demeure pas moins que les travaux des avocats ne sont pas, dans leur ensemble, bannis *a priori* de la protection du droit d'auteur. Christophe Caron le dit de cette manière[38] : « Mais ce formalisme n'exclut pas forcément l'expression d'une originalité. (…) L'originalité est peut-être moins forte lorsqu'il existe des contraintes de création. Mais elle peut néanmoins s'exprimer. En réalité, dans les œuvres relevant du genre de l'écrit que sont les écritures d'avocat, l'originalité peut s'exprimer dans l'expression (c'est-à-dire dans les mots choisis, le choix des tournures grammaticales, la syntaxe, etc.). Elle peut aussi s'exprimer dans la composition, ce qui désigne la « structure particulière originale de l'œuvre » (CA Paris, 21 novembre 1994 : RIDA 1995, n°164, page 381) et donc l'enchaînement du contenu, son agencement et son articulation. (…) En d'autres termes, des écritures d'avocat peuvent être protégeables (ce qui ne signifie pas qu'elles le sont forcément, bien évidemment) à l'issue d'une appréciation au cas par cas. » Par conséquent, l'auteur s'émancipe à l'un ou l'autre moment de la contrainte liée à ses fonctions, donnant une forme originale à son travail, et qui exprime sa personnalité.

[37] Cour de cassation, chambre criminelle, 16 juin 2009, N° de pourvoi : 08-87193.
[38] Communication-commerce électronique Lexisnexis Jurisclasseur, Octobre 2009, page 20.

Finalement, les nouveaux critères caractérisant l'empreinte de la personnalité correspondent soit à l'apparition de techniques nouvelles (la photographie, le logiciel), soit à des œuvres de l'esprit de moindre intensité créatrice. Nécessairement, les contours de la définition de l'œuvre de l'esprit en deviennent plus flous.

Bernard Edelman rappelle la définition jurisprudentielle classique de l'œuvre de l'esprit : « La création est le produit d'un travail intellectuel libre, exprimant la personnalité du créateur, et s'incarnant dans une forme originale. »[39] La définition d'A. Lucas et de P. Sirinelli tient compte de l'indifférence du mérite : « L'œuvre originale est celle dans laquelle le créateur a pu déployer le minimum de fantaisie inhérent à toute création littéraire ou artistique. Dès lors qu'il y a place pour l'arbitraire, la protection légale est acquise. »[40]

Dans celle de Pierre-Yves Gautier, on voit apparaître la notion de nouveauté : « L'originalité constitue l'apport artistique propre à l'auteur de la création, qui vient, au minimum, se superposer à un patrimoine intellectuel préexistant, qu'il appartienne privativement à un autre auteur ou qu'il soit le lot commun de tous les créateurs. Ou, plus brièvement, c'est celle qui est relativement nouvelle, par rapport aux œuvres existantes du même genre. »[41] Selon Pierre-Yves Gautier d'ailleurs, les deux notions de nouveauté et d'originalité « se confondent ».

La définition d'Agnès Maffré-Baugé reprend la notion de nouveauté (absence d'antécédents) et intègre le faible degré d'exigence (l'indifférence du mérite) quant à l'originalité : « L'œuvre de l'esprit peut être définie comme celle qui n'a pas d'antécédents, et qui satisfait un certain degré d'habileté, de jugement, de travail. »[42]

Section II : Les autres critères

Certains critères s'adaptent mieux à certaines productions qu'à d'autres. Selon A. Lucas et P. Sirinelli[43] , « on peut déceler trois influences : il semble en effet que les juges tendent à confondre l'originalité avec le caractère distinctif (comme il en va pour les titres), ou avec la nouveauté (comme il en va en matière d'art appliqué), ou encore avec l'effort intellectuel (comme il en va pour les compilations utilitaires et les logiciels).

[39] *La propriété littéraire et artistique*, PUF, Que-sais-je ?, 2008.
[40] « Etude : l'originalité en droit d'auteur. », Semaine juridique, 1993.I.3681.
[41] *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 2008.
[42] *L'œuvre de l'esprit, empreinte de la personnalité de l'auteur ?*, Thèse, Montpellier, 1997.
[43] « Etude : L'originalité en droit d'auteur », Semaine juridique, 1993.I.3681.

Il convient de présenter ici successivement les critères alternatifs que sont l'élément distinctif (1), la nouveauté (2) et l'effort (3).

Paragraphe 1 : L'élément distinctif

La jurisprudence récente relative aux titres, dont l'originalité doit être examinée indépendamment des œuvres qu'ils accompagnent, montre en général que les titres ne sont pas admis au bénéfice de l'article 112-4 du CPI lorsqu'ils se contentent de décrire l'œuvre en question. Par exemple, « Devenir fonctionnaire »[44], « Paquebots, la vie à bord »[45]ou « Le bêtisier du sport »[46] sont « descriptifs et annoncent le sujet traité ». Des titres employés dans « un sens courant et usuel », tels que « Leçons particulières », pour un roman biographique ou « Les enfants cachés », pour témoigner de l'histoire des enfants juifs durant la Seconde Guerre Mondiale, ne sont pas non plus originaux. « Croisière des sables » a été jugé banal, « figure de style réaliste, synecdoque dépourvue d'originalité »[47]. En revanche « Devenez l'artisan de votre santé » est un titre original[48], en ce que le terme artisan « est ici détourné de son sens premier ». Ces deux arrêts ont de quoi laisser l'observateur perplexe. « La boutique de Marie » est original parce « la combinaison du mot boutique, qui désigne un commerce, avec le prénom féminin Marie n'a rien de nécessaire et traduit un effort personnel de création et un parti pris esthétique. »[49] Ainsi, on retrouve pour les titres la notion de caractère distinctif tel que définie dans l'article 711-2 du CPI, et qui concerne les marques.

L'emprunt à la deuxième partie du CPI par la jurisprudence relative au droit d'auteur se retrouve encore avec le critère de la nouveauté (L 611-10). Pierre-Yves Gautier a écrit à ce sujet : « Tant pis ! Ecrivons-le : en pratique, les deux notions [d'originalité et de nouveauté] se confondent. »

Paragraphe 2 : La nouveauté

« Qu'en fondant ainsi sa décision sur l'absence d'antériorité de toute pièce et le caractère nouveau des choix opérés par l'EURL Micca Nomi et par Monsieur Périgot, la cour

[44] TGI de Paris, 18 avril 2008, N° de RG : 06/02112.
[45] TGI de Paris, 4 mars 2008, N° de RG : 06/14882.
[46] TGI de Paris, 19 septembre 2007, N° de RG : 07/08232.
[47] TGI de Paris, 1er juillet 2008, N°RG : 06/10922.
[48] TGI de Paris, 19 mars 2008, N° RG : 06/17341.
[49] TGI de Paris, 20 juin 2008, N° RG : 05/13520.

d'appel qui n'a pas caractérisé en quoi ces choix pour arbitraires qu'ils soient portaient l'empreinte de la personnalité de ses auteurs, a violé les textes susvisés ;
Par ces motifs, et sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres griefs,
Casse et annule… »

Manifestement, pour la première chambre civile de la cour de cassation[50], l'absence d'antériorité ne constitue pas à elle seule un critère de preuve d'originalité. La nouveauté reste donc le critère du droit des brevets. Par conséquent, tout ce qui est nouveau n'est pas forcément original. A l'inverse, tout ce qui est original est forcément nouveau, puisque preuve de la marque d'une personnalité. Christophe Caron le dit ainsi : « …chaque personnalité est unique et irréductible à ce qui existe déjà, puisqu'il n'existe pas deux individus semblables sur Terre. Dès lors, l'expression d'une personnalité est forcément nouvelle. Affirmer le contraire revient purement et simplement à nier que la personnalité de l'auteur imprègne l'œuvre. » [51]
L'originalité est constituée pour partie de la nouveauté. C'est cette partie qui, en quelque sorte, est épuisée par la divulgation. Pourtant, on ne peut pas dire que ce qui a déjà été divulgué est dès lors devenu banal.

L'antériorité, corollaire de la nouveauté, est refusée - ou exigée - comme critère de preuve par la jurisprudence : la cour de cassation estime que le demandeur n'a pas à apporter la preuve de la nouveauté[52]. Elle décide en revanche que le défendeur à l'action en contrefaçon doit prouver l'absence de nouveauté de l'œuvre première[53]. Ainsi, le caractère distinctif comme la nouveauté sont des critères empruntés par les juges au champ de la propriété industrielle : au droit des marques pour les titres, au droit des dessins et modèles pour les… dessins et modèles.

Un autre critère s'est imposé depuis 1986 avec l'affaire Pachot, celui de l'effort intellectuel. D'abord accolée au logiciel, l'expression a envahi l'ensemble de la jurisprudence qui concerne les arts appliqués.

[50] 7 novembre 2006, n° 05-16.843, F-p+B, Sté Diffusion corse du livre, SA c/Antoine Perigot et a : Juris-Data n°2006-035762.
[51] Communication-commerce électronique Lexisnexis Jurisclasseur, Janvier 2007.
[52] Cour de cassation, chambre commerciale, 19 janvier 2010, N° de pourvoi : 08-15338 08-16459 08-16469 : « … les droits des auteurs bénéficient d'une protection au titre des faits de contrefaçon à la seule condition que leurs œuvres présentent un caractère original, indépendamment de la notion d'antériorité… »
[53] Cour de cassation, chambre commerciale, 28 novembre 2006, N° de pourvoi : 04-20555 : « Mais attendu que la cour d'appel n'a pas inversé la charge de la preuve en constatant qu'il revenait au défendeur à l'action en contrefaçon d'établir le défaut de nouveauté des modèles dont la protection était demandée… »

Paragraphe 3 : L'effort

A nouvel objet, nouveau critère. En 1986, à l'occasion de l'affaire Pachot[54], les juges se sont livrés à une double démonstration. D'abord, le juge d'appel avait opéré une transposition des critères adaptés à la littérature vers le logiciel : « … il y a lieu de voir dans l'organigramme la composition du logiciel, et dans les instructions rédigées, qu'elle qu'en soit la forme de fixation, son expression… ». La décision tendait à reconnaître au logiciel la qualité d'œuvre de l'esprit : « (…) les analystes programmeurs ont à choisir comme les traducteurs d'ouvrages, entre divers modes de présentation et d'expression, que leur choix porte ainsi la marque de leur personnalité » ; « (…) le caractère scientifique des programmes informatiques n'était pas un obstacle à leur protection par le droit d'auteur. » Depuis le 10 mai 1994, le logiciel est entré dans l'énumération de l'article 112-2, et il n'est plus besoin d'en passer par une démonstration jurisprudentielle pour appeler un logiciel une œuvre. Seule compte son originalité.

La seconde démonstration effectuée par le juge d'appel dans l'affaire Pachot était celle de l'originalité. La cour de cassation constate la motivation de la cour d'appel : « Attendu, en second lieu, qu'ayant recherché, comme ils y étaient tenus, si les logiciels élaborés par Monsieur Pachot étaient originaux, les juges du fond ont souverainement estimé que leur auteur avait fait preuve d'un effort personnalisé allant au-delà de la simple mise en œuvre d'une logique automatique et contraignante et que la matérialisation de cet effort résidait dans une structure individualisée. »

L'expression « effort personnalisé allant au-delà de la simple mise en œuvre d'une logique automatique et contraignante » est reprise mot pour mot dans un arrêt de 2003[55]. On trouve aussi dans la jurisprudence récente l' « effort de création »[56], les « efforts de sélection et de conception »[57], l' « effort personnel de création »[58]. Le critère de l' « effort de création » ou « effort créatif » dépasse désormais largement le seul domaine des logiciels, et se retrouve dans celui de l'art appliqué : pour une poubelle[59], de la vaisselle[60], des maillots de bain[61], des sacs à main[62].

[54] Cour de cassation, assemblée plénière, 7 mars 1986.
[55] Cour de cassation, 9 septembre 2003, N° de pourvoi : 02-87098.
[56] Cour d'appel de Paris, 17 septembre 2008, N° RG : 07-10382.
[57] Cour d'appel de Bordeaux, 9 novembre 2006, ct 0045.
[58] TGI de Paris, 7 mars 2008, N°RG : 06-16858.
[59] Cour d'appel de Lyon, 26 mars 2009, N°RG : 08-04285.
[60] Cour d'appel d'Aix-en Provence, 21 février 2008, N°RG : 06-13655.
[61] Cour d'appel de Nîmes, 17 janvier 2008, N°RG : 05-05270.
[62] Cour d 'appel de Versailles, 24 mai 2007, N°RG : 06-01908.

Ainsi la jurisprudence a posé la condition d'originalité comme barrière à l'entrée d'objets dans le champ du droit d'auteur. Puis elle a apporté des critères tendant à mettre en évidence la présence ou l'absence d'originalité des productions soumises à son appréciation, critères dont l'élaboration semble nettement influencée par la nature des créations considérées. Cette nature influe de la même façon sur la preuve de l'originalité : on observe une présomption d'originalité pour des productions, une exigence de preuve pour d'autres. Par ricochet, la charge de la preuve est souvent déplacée vers le défendeur, qui se trouve investi de l'obligation de démontrer l'absence d'originalité d'éléments de l'œuvre prétendument contrefaite.

Deuxième partie : La preuve de l'originalité comme revendication d'un droit d'auteur

On verra que pour des objets, il y a une présomption d'originalité ; alors que pour d'autres, l'originalité n'est pas préjugée (Chapitre I). Lorsque l'originalité est présumée, le défendeur peut néanmoins apporter la preuve du contraire. La preuve de l'absence d'originalité passe en général par des éléments factuels - c'est-à-dire des comparaisons, ou la preuve de l'antériorité - . La preuve de l'originalité, quant à elle, semble relever plus de la démonstration intellectuelle (Chapitre II).

Chapitre I : L'originalité comme critère complémentaire à la qualification d'œuvre de l'esprit

Il n'y a pas aujourd'hui de définition légale de ce qu'est une œuvre de l'esprit. L'article L112-2 du CPI donne une liste des objets qui sont des œuvres ; cette liste n'est cependant pas exclusive d'autres objets. Elle reprend presque dans les mêmes termes la liste de l'article 2 de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques[63], y ajoutant les œuvres graphiques et typographiques (8°), les logiciels (13°) ainsi que les créations des industries saisonnières et de la parure (14°).

Délimiter le champ de l'œuvre de l'esprit de façon exhaustive apparaît comme impossible au regard de l'apport des nouvelles technologies (par exemple l'œuvre multimédia), des nouvelles formes artistiques (par exemple le *happening*), de l'indifférence du mérite, et donc de la morale – un film pornographique est protégé au même titre qu'un film de Chaplin -, de l'indifférence aussi de la destination – une chaise Louis XV reçoit la même protection que la poubelle du métro. C'est pourquoi la liste de l'article L 112-2 se contente d'énumérer des notions larges, évolutives, permettant d'éviter l'obsolescence de l'instrument.

[63] (1) Les termes « œuvres littéraires et artistiques » comprennent toutes les productions du domaine littéraire, scientifique et artistique, quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression, telles que : les livres, brochures et autres écrits ; les conférences, allocutions, sermons et autres œuvres de même nature ; les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales ; les œuvres chorégraphiques et les pantomimes ; les compositions musicales avec ou sans paroles, les œuvres cinématographiques, auxquelles sont assimilées les œuvres exprimées par un procédé analogue à la cinématographie ; les œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie ; les œuvres photographiques, auxquelles sont assimilées les œuvres exprimées par un procédé analogue à la photographie ; les œuvres des arts appliqués ; les illustrations, les cartes géographiques ; les plans, les croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture et aux sciences.

Section I : La présomption

Le critère de l'originalité devient prédominant lorsque l'on s'écarte, d'une part, des œuvres relevant du concept du « Beau » platonicien, et d'autre part, de la notion d'art telle qu'exprimée au XIXème siècle par Hegel[64], l'art « tenant le milieu entre le sensible immédiat et la pensée pure ». Les catégories artistiques hégéliennes sont la littérature, la peinture, la sculpture, l'architecture, la musique. Dans cette acception de l'art, on considère que les œuvres s'adressent à la sensibilité et à l'intelligence du spectateur, dans le but de communiquer des idées.

Ce que le CPI dénomme art appliqué entre plutôt dans la catégorie kantienne de l'artisanat : ce qui dans l'esprit de Kant distingue l'art de l'artisanat, c'est que le premier a pour but de transmettre un discours, tandis que le second fait appel au savoir-faire de l'artisan pour créer une forme belle, de laquelle cependant est absente la transmission intellectuelle. Quant au logiciel, « la vocation de ce type de création « n'est pas de transmettre des sentiments mais de permettre l'utilisation de machines. » ».[65] La question de l'esthétique est absente des logiciels.

Autre catégorie, celle des objets non inclus dans l'article L112-2 : comme dans l'affaire Pachot, il s'agit alors de démontrer d'abord que l'objet considéré peut être une œuvre de l'esprit ; ensuite, de prouver son originalité.

On examinera ici d'abord le cas des œuvres artistiques classiques (1), puis celui des objets relevant de l'art appliqué (2), enfin les œuvres non énumérées par l'article 112-2 du CPI (3).

Paragraphe 1 : L'article 112-2 du CPI, du 1° au 8°

Les œuvres appartenant aux catégories artistiques classiques bénéficient d'un *a priori* d'originalité. Evidemment, l'indifférence du genre est ici écornée, puisque celle-ci devrait amener les juges à considérer chaque œuvre et en déterminer sa protection par le droit d'auteur en fonction de son originalité. Mais d'autre part, comment juger de l'originalité d'un écrit littéraire, d'un roman ou d'une poésie par exemple, sinon en fonction de son mérite ?

[64] *Esthétique ou philosophie de l'art.*
[65] A.Lucas et H.J Lucas, (1994), p. 97, cités par Isabelle de Lamberterie : « De l'incitation à la création au droit à la culture : quelle dynamique pour les droits d'auteur aujourd'hui ? » In *Réseaux*, 1998, volume 16 n°88-89 pp.77-90. Article en ligne sur Persée.

Ce que l'on peut considérer dans le cas de l'art pur, c'est la volonté créatrice de l'auteur. Celui qui compose une musique est, pour reprendre les mots de Bernard Edelman[66], « soutenu par une passion, un désir esthétique ». Il cite à ce sujet un arrêt de la Cour de Paris du 25 mai 1988, à propos de décoration : « La réunion d'objets mobiliers en un lieu déterminé est inspirée par une volonté ou une passion longtemps affirmée et non contestée, qui la rapproche d'une œuvre de l'esprit ». Incontestablement, l'essence du droit d'auteur classique est dans cette volonté créatrice : est une œuvre de l'esprit celle qui a été créée dans ce but. En art pur finalement, l'originalité juridique peut être définie comme le contraire du plagiat, de la copie, de la contrefaçon.

Dès lors qu'il n'y a pas copie, les objets contenus dans la première partie de l'article 112-2 ne seront jamais considérés comme dépourvus d'originalité. En art contemporain, si des questions se sont posées par rapport à la création des mains de l'artiste ou à l'existence d'une forme, jamais en revanche la question de l'originalité n'a été soulevée.

Paragraphe 2 : L'article 112-2, du 9° au 14°

La seconde catégorie contient des productions qui ont fait l'objet d'inclusions plus tardives dans le droit d'auteur (par exemple le logiciel) ou plus controversées (la photographie, les arts appliqués) : ces productions sont visées à partir du 9° et jusqu'au 14°. Elles sont par nature considérées comme œuvres de l'esprit. En effet l'article 112-2 commence ainsi : « Sont considérées notamment comme œuvres de l'esprit au sens du présent code :… ». C'est la jurisprudence qui ajoute pour ces productions la condition de l'originalité. A. Lucas et P. Sirinelli[67] soulignent le fait qu'il y a plus de contentieux à propos de logiciels qu'à propos de poèmes : « Mais cela pourrait aussi s'expliquer par le fait que les enjeux économiques sont plus fondamentaux pour ce dernier (le logiciel) que pour les poèmes. Ou bien encore, par l'observation que les logiciels ne sont pas totalement à leur place dans le droit d'auteur et que ce débat théorique trouve sa manifestation pratique sur le terrain de l'originalité. Le même constat pourrait être fait pour les titres, les photographies ou les œuvres d'art appliqué. (…) En réalité, on peut songer qu'une étude plus fine ferait sans doute apparaître, s'agissant de ces œuvres, que ce ne sont pas toujours véritablement les formes des créations dont on demande la protection. Il s'opère parfois un glissement vers la protection de l'idée, du savoir-faire ou de l'investissement… Ce qui est sûr en tout cas, c'est que, comme la

[66] *La propriété littéraire et artistique*, PUF, Que-sais-je ?
[67] « Etude : L'originalité en droit d'auteur. », in *Semaine juridique*, 1993.I.3681.

multiplication de certaines œuvres à caractère utilitaire avait été l'occasion de la systématisation de la condition d'originalité, l'apparition de certaines catégories d'œuvres a relancé le débat sur la notion d'originalité. (…) Mais au-delà des seuls logiciels, la question est en réalité de savoir si l'on veut continuer à faire jouer à l'originalité son rôle de tri et dans quelles conditions ? Ce rôle est obscurci par le fait qu'interfère, parfois, dans le débat sur l'originalité, la question de savoir ce qu'est une œuvre de l'esprit. »

Paragraphe 3 : Les objets qui ne sont pas dans l'article 112-2

Pour savoir ce qu'est une œuvre de l'esprit, la jurisprudence examine un à un les objets qui lui sont présentés. Elle écarte d'emblée les idées, les méthodes et savoir-faire, vérifie la présence d'une forme. En dernier recours, elle constate le défaut d'originalité *a priori* : on trouve très peu, voire quasiment pas de décisions allant en ce sens. La cour d'appel d'Agen[68] s'est prononcée quant aux bouquets de fleurs : « La réunion et l'assemblage de fleurs ne peut générer, en soi, une quelconque originalité ». La cour définissait ici l'œuvre de l'esprit comme « l'expression originale d'une pensée, d'une impression ou d'un sentiment ». C'est constater combien la définition de l'œuvre varie en fonction du genre. On n'appliquerait évidemment pas cette définition à un logiciel ou un décapsuleur. La variabilité des critères de détection de l'originalité en fonction du genre des œuvres induit une adaptation de la technique utilisée par les juges. En ce qui concerne la littérature, les éléments examinés sont la composition et l'expression. Pour la photographie, le choix du cadrage, de la lumière, du temps d'exposition, de l'ouverture de l'objectif. Pour les bases de données, le travail de classement, de sélection, de disposition.

Le travail du juge consiste à distinguer les éléments qui sont originaux de ceux qui ne le sont pas, puis à considérer l'œuvre dans son ensemble. L'originalité d'un élément unique peut conférer à l'objet la caractérisation d'œuvre de l'esprit. Mais lorsque tous les éléments considérés sont en soit qualifiés de banals, la combinaison de ces éléments entre eux peut prendre une allure originale.

[68] Cour d'appel d'Agen, 2 décembre 2002, N°RG : 2001/505.

Section 2 : Distinction entre éléments banals et éléments originaux

Comme pour l'originalité, les magistrats ont élaboré des critères de la banalité, qui doivent également être dépourvus de considérations relevant de l'ordre du mérite, du genre, de la forme d'expression et de la destination.

En premier lieu, les éléments qui relèvent non pas du choix mais de la contrainte sont clairement dépourvus de l'empreinte de la personnalité de l'auteur (1) ; les tendances de la mode sont aussi à écarter (2) ; on constatera ensuite que la juxtaposition dans un même objet de plusieurs éléments banals peuvent lui conférer un caractère original (3).

Paragraphe 1 : Les éléments dictés par la technique ou par la contrainte

Les éléments dictés par une nécessité présentent la caractéristique inverse de la liberté. Il peut s'agir de contraintes liées à la profession (comme pour les avocats), aux circonstances (comme pour les paparazzis), à la technique (comme pour les logiciels), ou à de strictes directives émanant d'un employeur.

Une œuvre considérée comme originale est à même de comporter des éléments originaux, d'autres éléments banals, ou appartenant au fonds commun. La reproduction des seuls éléments banals d'une œuvre originale est licite[69]. Autrement dit, celui qui se défend de la contrefaçon a intérêt à démontrer la banalité des éléments reproduits.

Malgré l'exemple orphelin des bouquets de fleurs, il n'y a pourtant pas d'objet rejeté en tant que tel de la protection littéraire et artistique. Un avocat est susceptible de faire preuve d'originalité dans ses conclusions, de même qu'un paparazzi peut dans certains clichés démontrer une aptitude à opérer des choix.

Une décision de la Cour d'appel de Nîmes[70] est intéressante parce qu'elle met en évidence le fait que des créations émanant du même auteur peuvent être jugées banale pour l'une, mais originales pour les autres : «…qu'ainsi les motifs des tissus imprimés des shorts de bain « Fleurs », « Poulpes », et « Coquillages » de la marque Villebrequin représentent avec une stylisation et une recherche graphique particulières des fleurs, des coquillages et des

[69] Cour d'appel de Lyon, 26 mars 2009, N°RG : 08-04285 : « Attendu qu'ainsi l'aspect général de chaque objet est spécifique, le modèle DIANA n'étant pas la reproduction du modèle PRIMA LINEA, la seule reprise de la forme de borne cylindrique devenue banale dans ce type de mobilier urbain n'étant pas suffisante pour constituer une imitation et porter atteinte à l'originalité de l'œuvre créée pour la société POSU par Monsieur Ricardo Y… et Marta X… ».

[70] Cour d'appel de Nîmes, 17 janvier 2008, N°RG : 05-05270.

poulpes ; (…) que le motif du tissu des shorts de bains « Citrons » de la marque Villebrequin représente sans aucune stylisation ou recherche graphique particulière des citrons ».

Paragraphe 2 : Les tendances de la mode

Cette décision de la cour d'appel de Nîmes est également intéressante en ce qu'elle rappelle qu'une certaine standardisation de la création dans le domaine de ce que le CPI appelle les industries saisonnières de l'habillement et de la parure est à prendre en compte : « Attendu qu'il est de principe : (…) qu'en matière de créations vestimentaires, l'appréciation de l'existence de la contrefaçon d'un modèle doit se faire en tenant compte des effets de mode qui impliquent par essence un certain nombre de similitudes ; qu'en matière de créations vestimentaires, le fait pour un modèle de s'inspirer de la mode ambiante n'est pas suffisant à caractériser une contrefaçon et ce, alors même qu'en raison de l'effet de mode, les modèles présentent toujours un certains nombre de ressemblances générales. ; (…) » L'idée est d'éviter l'appropriation par un auteur d'éléments constitutifs d'une mode, et donc de limiter pour d'autres les possibilités de déclinaison de ces éléments.

Edouard Treppoz évoque ce même danger à propos de l'art contemporain[71] : « Protéger une œuvre suppose en effet que cette œuvre ne puisse plus être librement utilisée par d'autres artistes. La protection par le droit d'auteur limite alors d'autant le domaine public et donc les ressources d'inspiration et de création des artistes. De ce point de vue, le droit d'auteur peut apparaître non plus comme une chance pour les artistes, mais comme une contrainte, comme une limite à leur création. »

Paragraphe 3 : Des combinaisons originales, partis pris esthétiques

Souvent, les juges tendent à caractériser l'originalité par la combinaison d'éléments qui en soi ne le sont pas. Pour prendre un exemple frappant : la forme pyramidale existe depuis l'Egypte antique, elle n'a rien d'original. L'utilisation de la vitre en architecture n'est absolument pas nouvelle. Mais combiner la forme pyramidale avec le verre et en faire une pyramide sur le parvis du Louvre est quelque chose de résolument original.

[71] « Le droit d'auteur, limite à la création contemporaine ? », in *L'art contemporain confronté au droit,* Actes du séminaire tenu le jeudi 8 juin 2006 à l'université Paris II (Panthéon-Assas), en ligne sur le site www.artdroit.org.

Et pour un exemple juridique : la société Gucci France avait tenté d'opposer le manque d'originalité de modèles de chaussures comme moyen à une accusation de contrefaçon par la société Olga Berluti [72]. Elle avait relevé tous les éléments et techniques qui entraient dans la composition des modèles de chaussures et démontré que chacun de ces éléments pris séparément correspondait à des procédés traditionnels de cordonnerie. La cour d'appel en a jugé ainsi : « Considérant, par ailleurs, que les premiers juges ont par des motifs pertinents que la cour fait siens (…) : Certes relevé que les deux modèles de Berluti opposés au titre des droits d'auteur appartiennent au fonds commun de la chaussure masculine,

Mais retenu que la combinaison de plusieurs éléments dont le caractère banal ou usuel n'était pas démontré caractérisait l'originalité de ces chaussures ;

Qu'il sera seulement ajouté que le choix de ces éléments qui ne présentent aucun caractère technique nécessaire révèle l'effort créatif de l'auteur par l'effet esthétique particulier qui en résulte ;

Que le jugement sera en conséquence confirmé en ce qu'il a jugé que ces deux modèles par la combinaison particulière correspondant aux caractéristiques des modèles telles que ci-dessus décrites par les intimés étaient originaux ».

La combinaison originale d'éléments en soi banals, qui confère à l'œuvre une impression d'ensemble originale est un argument mainte fois utilisé par la jurisprudence. La formule, devenue classique, est une façon pratique de se débarrasser de la délicate question de la caractérisation de l'originalité. Michel Vivant[73] met l'accent sur ce difficile travail du juge : « Il est parfaitement évident, pour qui regarde les choses sans *a priori*, qu'en certains cas la référence faite par le juge à l'originalité est purement rhétorique. Le mot est utilisé parce qu'il doit l'être. Mais, soucieux de rendre telle décision, le juge la rendra à l'abri du mot sans être dupe du fait qu'il le prive de sens et donc du sens communément reçu. »

La chambre commerciale de la cour de cassation[74] a censuré une décision qui se contentait de reproduire la formule sans la rapporter aux objets considérés : «… qu'en se prononçant comme elle l'a fait, après avoir constaté, d'une part, que certains des éléments des modèles litigieux étaient connus et, pris séparément, appartenaient « au fonds commun de l'univers de l'accessoire de mode » , et d'autre part que « leur combinaison… confère à ces modèles… en fonction de l'aspect d'ensemble produit par la combinaison des divers éléments les caractérisant… une physionomie propre qui traduit un parti pris esthétique qui porte

[72] Cour d'appel de Paris, 4ème chambre, section B, 16 janvier 2004, Gucci France/ Berluti, Olga Berluti.
[73] « Considérations au fil de la plume sur la norme subtile », in *Mélanges Ph. le Tourneau*, Dalloz, 2008, p.1059, n°3.
[74] Cour de cassation, chambre commerciale, 19 janvier 2010, N° de pourvoi : 08-15338 08-16459 08-16469.

l’empreinte de la personnalité de son auteur », la cour d’appel, qui n’a pas caractérisé l’originalité des modèles, n’a pas légalement justifié sa décision au regard de l’article L.112-2 du code de la propriété intellectuelle. »

Chapitre II : La charge et les moyens de la preuve

La caractérisation de l'originalité est une question délicate : comment peut-on être original ? La question pourtant doit être prise au sérieux, étant donné les conséquences juridiques qui en découlent. On verra dans un premier temps comment la preuve de l'inexistence de l'originalité pourra être administrée par le défendeur (Section I), puis dans un second temps, comment l'originalité peut être démontrée (Section II). Dans ce cas, il convient de déterminer à qui revient la charge de cette démonstration.

Section I : La preuve de l'inexistence de l'originalité

La défense contre l'action en contrefaçon trouve plusieurs moyens - comme par exemple le défaut de titularité du demandeur, ou l'une des exceptions de l'article 122-5 - dont celui de l'inexistence de l'originalité de l'œuvre reproduite.

En littérature il y a toujours présomption d'originalité : on ne peut pas dire d'un roman qu'il est banal. En revanche, on peut se prononcer sur la banalité d'un élément du roman : le sujet, par exemple, ou un personnage. Le défaut d'originalité d'un élément peut tenir à deux causes principales : il est banal parce qu'il ne présente aucune caractéristique particulière. Autrement dit, il n'a pas réclamé de la part de l'auteur d'effort d'imagination particulier (1). Ou alors, il est présent déjà dans des œuvres préexistantes à celle du demandeur, et il n'est pas le titulaire du monopole d'exploitation de cet élément (2).

Paragraphe 1 : L'affaire « Autant en emporte le vent » : des ressemblances non-constitutives de contrefaçon

Sur la littérature, Henri Desbois[75] dit que l'originalité de la forme s'observe selon la composition, qui est l'agencement des pensées et l'expression, qui est le développement, la mise en forme de la composition, le plan. Mais il n'est pas nécessaire que la composition et l'expression soient toutes les deux originales. Il suffit que l'une d'entre elles le soit. Il donne des exemples : pour l'originalité dans la composition, celui des anthologies ; pour l'originalité dans l'expression, celui des traductions. Celui qui produit une anthologie fait œuvre originale parce qu'il fait des choix dans l'agencement des extraits qu'il publie : « La protection ne sera

[75] *La propriété littéraire et artistique*, A. Colin, 1953.

refusée que si l'ordre des classifications n'exige aucun effort, et ne donne prise à aucune manifestation de personnalité, parce que la nature de la publication impose sans hésitation tels éléments à l'exclusion de tels autres et tel agencement de préférence à tout autre. »

Dans l'œuvre littéraire, les idées sont composées et exprimées. Les idées n'entrent pas dans le champ du droit d'auteur ; elles peuvent être reprises librement. Il faut donc estimer justement les frontières entre idées et composition. S'il y a reprise de la composition, alors l'œuvre seconde doit être considérée comme une adaptation. Henri Desbois reproche à la cour de Paris, dans une affaire concernant la comédie *Boubouroche* de Courteline, le 12 mai 1909, d'avoir décidé que l'adaptation cinématographique de l'histoire *Ta femme nous trompe* n'était pas une contrefaçon. La cour avait estimé que l'histoire faisait partie des lieux communs, et que l'esprit de la pièce était très différent de celui du film. Elle n'a pas fait cas de l'enchaînement des actions.

Cette affaire présente des similitudes avec l'affaire plus récente de la reprise par Régine Desforges, dans son roman *La bicyclette bleue*, du récit d'*Autant en emporte le vent* de Margaret Mitchell. Après une condamnation pour contrefaçon (TGI Paris, 6 décembre 1989), la cour d'appel de Paris a annulé la décision du TGI, en préférant qualifier les similitudes de réminiscence littéraire. La cour de cassation a reproché à la cour d'appel (4 février 1992) de ne pas avoir recherché, « comme l'avaient fait les juges du premier degré, si, par leur composition ou leur expression, les scènes et les dialogues d'*Autant en emporte le vent* et de *La bicyclette bleue* qui décrivent et mettent en œuvre des rapports comparables entre les personnages en présence, ne comportent pas des ressemblances telles que, dans le second roman, ces épisodes constituent des reproductions ou des adaptations de ceux du premier dont elle est la reprise. » On retrouve là l'idée de composition. La cour de cassation a rendu son jugement « Vu l'article 40 de la loi du 11 mars 1957 », devenu l'article 122-4 du CPI : « Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite. Il en est de même pour la traduction, l'adaptation ou la transformation, l'arrangement ou la reproduction par un art ou un procédé quelconque. » La contrefaçon, ce n'est évidemment pas seulement la reproduction servile et intégrale. Cela peut être la réutilisation d'un élément, réintégré dans une autre forme. Le consentement de l'auteur de l'œuvre première est requis lorsque l'élément en question est original.

Le second attendu énonce l'argument de l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 21 novembre 1990 : « Attendu que, pour rejeter les demandes, l'arrêt après avoir rappelé que le sujet d'*Autant en emporte le vent* n'était pas protégeable en soi, énonce que Mme Desforges

« s'est plu à souligner l'analogie initiale de situation entre les deux œuvres « et a exprimé » cette volonté ludique « en reprenant des scènes devenues célèbres de l'œuvre de M. Mitchell, pour établir avec ses lecteurs une « complicité amusée », tout en créant néanmoins une œuvre nouvelle et personnelle, dont les personnages ne présentent aucune « analogie significative » avec ceux du roman qu'elle aurait prétendument contrefait ». Donc, le sujet ne peut pas être protégé, parce que banal. Mais la cour d'appel ajoute que Régine Desforges a repris des scènes de l'œuvre de M. Mitchell. Il n'y a pas selon la cour d'analogie significative entre les personnages, ni non plus entre les cadres historiques des deux romans. Cependant, la reprise de scènes ne peut-elle constituer à elle seule une adaptation ou une transformation ? Et la « complicité amusée » ne serait-elle pas plutôt l'aveu d'une certaine paresse intellectuelle, provoquant non pas l'amusement mais la lassitude du lecteur ? La paresse intellectuelle s'oppose évidemment à l'effort personnalisé, que les juges de l'arrêt Pachot ont analysé comme marque de l'apport intellectuel du concepteur du logiciel. Mais la cour de renvoi (CA Versailles, 15 décembre 1993), a conclu l'affaire *Autant en emporte le vent* en qualifiant les ressemblances comme non constitutives de contrefaçon. Ainsi, soit la cour de Versailles a estimé que la composition de *Autant en emporte le vent* était banale, soit, comme dans l'affaire *Bourbouroche*, elle n'en a pas tenu compte, l'amalgamant avec les idées, les lieux communs des thèmes littéraires.

Henri Desbois dit ceci, toujours à propos de l'affaire *Bourbouroche*: « L'infirmation du jugement ne serait fondée que si la Cour avait relevé que la composition, l'intrigue commune, était puisée par les deux adversaires à une seule et même source, empruntée à une œuvre préexistante et d'ores et déjà incorporée au domaine public. »

Paragraphe 2 : L'affaire Gypsy Kings : rencontre fortuite ou réminiscences communes

Dans l'affaire *Autant en emporte le vent*, Régine Desforges ne conteste pas la connaissance qu'elle avait de l'œuvre de Margaret Mitchell.

Dans l'affaire Gypsy Kings en revanche[76], le groupe s'est défendu en arguant de l'impossibilité qu'il avait eu d'accéder à l'œuvre *Obi Oba* d'El principe gitano. Effectivement, c'est un moyen de preuve redoutablement efficace : on ne peut pas contrefaire une œuvre que l'on ne connaît pas. Cependant, la crédibilité de la constatation faite par la

[76] Cour de cassation, 1ère civ., 16 mai 2006, n°5-11.780

cour d'appel précédant la cassation est contestable. La chanson *Obi Oba* avait été commercialisée en Espagne, et en France seulement au Pays basque. Les Gypsy Kings étant français, ils n'avaient pu se procurer la chanson en question. Evidemment, avec de l'imagination, on peut croire éventuellement que les Gypsy Kings sont des Français sédentaires qui ne font pas de tournées internationales – bien qu'ils chantent exclusivement en espagnol – et que, gitans eux-mêmes, et musiciens, ils ne s'intéressent pas à l'actualité de la musique gitane publiée en Espagne, en Catalogne et au Pays basque. La cour de cassation n'a pas admis ce raisonnement pour une musique publiée en 1979. Aujourd'hui, l'explosion des techniques de communication électronique ne permet plus d'avancer un tel argument.

Ce que la cour a dit cependant, c'est que « la contrefaçon d'une œuvre de l'esprit résulte de sa seule reproduction et ne peut être écartée que lorsque celui qui la conteste démontre que les similitudes existant entre les deux œuvres procèdent d'une rencontre fortuite ou de réminiscences résultant notamment d'une source d'inspiration commune. »

Si l'on écoute la chanson *Obi Oba* d'El principe gitano, puis *Djobi Djoba* des Gypsy Kings, on se rend compte que le refrain de chacune des deux chansons est sensiblement le même, tant du point de vue mélodique et rythmique que du point de vue littéraire. D'un côté on entend : « Obi Oba Cada día yo te quiero más. », de l'autre « Djobi, Djoba, Cada día yo te quiero más. ». De deux choses l'une, donc : soit ce refrain a été inventé par le groupe El Principe gitano et reproduit par les Gypsy Kings ; soit il s'agit d'une chanson folklorique bien connue des gitans en général, et El principe gitano n'était pas fondé à demander réparation. Dans ce cas, le refrain de *Obi Oba* ne pouvait pas être considéré comme original puisqu'il aurait été la reprise d'un élément appartenant au folklore. El Principe gitano n'aurait pas apporté la marque de sa personnalité ; il aurait simplement reproduit un objet.

Il ne suffit pas cependant de prétendre avoir puisé à un fonds folklorique commun. Encore eut-il fallu le prouver. Les Gypsy Kings auraient dû exhiber pour le moins un recueil de chansons folkloriques contenant le refrain litigieux. A leur décharge, le folklore en général et le folklore gitan en particulier relève bien plus de la tradition orale que de l'écrit. On trouve cette explication dans un article du Monde diplomatique de septembre 2001 [77]: « Par ailleurs, l'ordinateur et internet donnent une occasion unique aux artistes de créer en utilisant des matériaux venant du monde entier, du passé et du présent. Ils ne font d'ailleurs pas autre chose que ce que leurs prédécesseurs, Bach, Shakespeare et des milliers d'autres ont fait avant eux. Il a toujours été normal d'utiliser les idées et une partie du travail des précurseurs.

[77] SMIERS, Joost, « Plaidoyer pour l'abolition des droits d'auteur. »

Autre chose est le plagiat. Sur ce phénomène, le philosophe Jacques Soulillou développe un commentaire théorique intéressant : « La raison pour laquelle il est difficile d'administrer la preuve du plagiat dans le domaine de l'art et de la littérature tient au fait qu'il ne suffit pas seulement de montrer que B s'est inspiré de A, sans citer éventuellement ses sources, mais de prouver aussi que A ne s'est inspiré de personne. Le plagiat suppose en effet que la régression de B vers A s'épuise dans celui-ci, car si l'on venait à prouver que A s'inspire et pour ainsi dire plagie un X situé en position d'antériorité chronologique, la dénonciation de A se verrait fragilisée. »

Paragraphe 3 : Porosité de la limite entre inspiration et plagiat

En résumé, dans l'affaire « Autant en emporte le vent », l'auteur de l'œuvre seconde s'est inspiré de l'œuvre première, sans que les ressemblances suffisent à qualifier la contrefaçon. Dans l'affaire Gypsy Kings, il n'y a pas eu plagiat parce la source d'inspiration était, semble-t-il, préexistante aux deux compositions.

Christophe Caron, dans son commentaire sur l'arrêt de la première chambre civile de la cour de cassation du 16 mai 2006[78], distingue la rencontre fortuite de la réminiscence commune : dans le cas de la rencontre fortuite, il y a bien contrefaçon. Cependant, par exception au principe de l'indifférence de la bonne foi quant à l'action en contrefaçon, la cour semble accepter ici que le contrefacteur ait pensé créer une mélodie originale sans avoir conscience qu'il reprenait une formule musicale déjà entendue par lui. L'auteur dit ceci : « Certes, il est possible d'y voir un affaiblissement de la lutte contre la contrefaçon, notamment parce qu'une telle solution va dorénavant engendrer de délicates discussions dans les prétoires. Mais, à l'inverse, la solution semble guidée par la morale et par l'équité. Si chacun s'accorde à privilégier l'efficacité de l'action en contrefaçon, encore convient-il que l'efficacité ne se mue pas en rigidité. C'est pourquoi il peut être judicieux, dans certains cas, de ne pas sanctionner le contrefacteur malgré lui. En outre, la solution prend bien en considération la standardisation dans certains domaines, par exemple dans celui de la musique où il est possible de contrefaire sans le vouloir. »

Il semble donc que le plagiat, pour être suffisamment caractérisé, doit être fait de mauvaise foi (le dictionnaire définit le plagiat comme un vol littéraire), et résulter d'une imitation quasiment à l'identique d'une importante partie de l'œuvre première. Si l'on

[78] Communication-commerce électronique, Juillet-Août 2006, page 27.

rapproche la solution « Gypsy Kings » d'une autre, commentée par Henri Desbois dans son ouvrage sur la propriété littéraire et artistique : « Le Conseil d'Etat a jugé le 5 mai 1939 (D.P, 1939, 3,63 : note signée P.-L.J) qu'une station d'émission de TSF avait commis une contrefaçon en empruntant à l'opéra-comique d'Ambroise Thomas, *Mignon*, quatre mesures comme indicatif. », alors on peut prendre acte de ce que Christophe Caron appelle la standardisation de la création, effet sans aucun doute pour une part de l'apparition des nouvelles technologies, facilitant la circulation des informations et des œuvres à l'échelle internationale.

On peut néanmoins distinguer la contrefaçon qui consiste en la reprise d'un élément original d'une œuvre par inconscience, négligence ou paresse intellectuelle de celle qui consiste par exemple en la reproduction illicite d'un phonogramme ou le téléchargement résultant de piratage sur l'internet, ou en l'attribution frauduleuse de la paternité d'une création.

On a vu que la preuve du défaut d'originalité était un moyen de défense. Le défendeur peut arguer de la banalité de l'élément reproduit, ou de la non antériorité, ou alors de son appartenance au fonds commun de la culture. Quant à la preuve de l'existence de l'originalité par le demandeur, on verra qu'elle n'est pas exigée pour tous les genres d'œuvres de l'esprit (1). Lorsqu'elle l'est, elle doit être administrée pour chaque œuvre de l'esprit en particulier, et pas pour l'ensemble de la production d'un photographe, par exemple (2). On peut d'ailleurs douter que ce soit une véritable preuve, et penser plutôt qu'il s'agirait d'une démonstration relevant de la qualification par le juge du fond (3). On verra pourquoi le recours à l'expert, dans le cas des œuvres complexes, semble justifié (4), puis la raison pour laquelle la cour de cassation devrait avoir son rôle à jouer non plus seulement quant au contrôle de la motivation, mais aussi quant au contrôle de la qualification (5).

Section II : Preuve tangible d'un fait, ou démonstration conceptuelle ?

L'originalité ne se prouve pas *a priori*. Rien n'est dit d'ailleurs à ce sujet dans le code de la propriété intellectuelle, notamment dans les dispositions particulières à certains contrats. Par exemple, la définition du contrat d'édition commence ainsi : « Le contrat d'édition est le contrat par lequel l'auteur d'une œuvre de l'esprit… » (L 132-1 CPI). Cela suppose d'une part que l'auteur (ou les auteurs dans le cas de l'œuvre de collaboration) a été identifié ; d'autre part que l'œuvre de l'esprit en est effectivement une. En effet, un contrat ne peut être

considéré comme valablement formé si l'objet du contrat ne répond pas à la définition légale de l'objet correspondant à cette forme particulière de contrat. Le fait pour un exploitant de contracter avec un auteur suppose donc que celui-là reconnaît en son cocontractant l'auteur d'une œuvre de l'esprit.

A contrario, une personne qui exploite un objet incorporel sans le consentement de l'auteur est soit un contrefacteur, soit considère que l'objet en question n'entre pas dans le champ du droit d'auteur. Mais, on l'a déjà dit, il n'y a pas dans la loi de définition exhaustive de l'œuvre, non plus que de définition de l'originalité. On doit donc prouver l'originalité en cas de litige, ou l'absence d'originalité, par tout moyen.

Paragraphe 1 : La charge de la preuve

Selon la cour de cassation[79], « il appartient à celui qui demande la protection des droits d'auteur d'apporter la preuve de l'originalité de l'œuvre. » Mais on observe pour les œuvres littéraires, picturales, musicales, architecturales et cinématographiques une présomption d'originalité. La présomption s'arrête en général lorsque l'œuvre relève du domaine de l'art appliqué. Selon le genre de l'œuvre, ainsi, ce n'est plus l'auteur mais le défendeur qui doit prouver non l'originalité, mais le défaut d'originalité des éléments reproduits. Par ailleurs, ce qui doit être prouvé, en règle générale, ce sont des faits ou des actes. Or, on ne peut définitivement pas ranger l'originalité parmi les faits ou parmi les actes. Partant, la notion d'originalité est-elle une notion de fait, ou une notion de droit ? Selon Pierre Bellet[80], « Nous l'avons dit, nous le redirons, il n'y a pas de vraie barrière entre le droit et le fait, et il dépend de la Cour de cassation de délimiter la frontière. »

Paragraphe 2 : La preuve par le demandeur

Puisque c'est au demandeur d'apporter la preuve de l'originalité de sa création, celui-ci ne doit pas se contenter d'apporter une copie de son œuvre comme pièce. Il se doit également d'apporter des éléments prouvant l'originalité de celle-ci.

Une décision du tribunal de grande instance de Paris[81] est explicite à ce sujet : « Attendu ainsi qu'il appartient au demandeur de démontrer que les photographies qu'il revendique sont des œuvres originales ouvrant droit comme telles à la protection au titre du

[79] Chambre criminelle, 9 septembre 2003, N° de pourvoi : 02-87098.
[80] « Grandeur et servitudes de la cour de cassation. », in *Revue internationale de droit comparé*, année 1980, volume 32, numéro 2, pp.300.
[81] TGI de Paris, 22 février 2008, N°RG : 05-08007.

droit d'auteur, la présomption instaurée par l'article L 133-1 du code de la propriété intellectuelle concernant la titularité des droits de celui sous le nom de qui l'œuvre est divulguée mais en aucun cas l'originalité de cette œuvre qu'il appartiendrait à la défenderesse de combattre. » Ensuite, le tribunal exige du demandeur la preuve de l'originalité pour chacun des objets du litige : « Or attendu que Monsieur X…, qui a versé aux débats trois caisses de supports photographiques, et a indiqué en tenir huit autres à la disposition du tribunal, ne précise pas ceux, parmi ces supports, qui seraient éligibles à la protection revendiquée, et concernant les trois reportages identifiés, ne propose pas de démontrer en quoi en l'espèce les différents éléments qui caractérisent chacun d'eux seraient originaux et traduiraient un parti pris esthétique et l'empreinte de sa personnalité, en dehors de considérations d'ordre général sur la technique de prise de vue ;

Attendu dès lors que ses demandes formulées au titre de la contrefaçon des droits d'auteur doivent être rejetées étant précisé qu'il n'appartient pas au tribunal d'examiner lui-même lesdits supports en dehors de toute description par le demandeur de chacune des œuvres revendiquées dans ses écritures ; …». Il s'agissait en l'occurrence de 83 337 photographies. On conviendra que la description pièce par pièce demande à l'auteur des photographies un travail titanesque. On peut en déduire que les artistes peintres, par exemple, et les photographes ne sont pas placés sur un pied d'égalité au regard du droit de la propriété littéraire et artistique. Les uns bénéficient de la présomption d'originalité. Quant aux autres, ils devront décrire leurs travaux et en démontrer le caractère original. Et plus leur production sera importante, plus ce travail leur coûtera de temps, voire d'argent s'ils s'adressent à un avocat.

En d'autres termes, selon le TGI, le demandeur devait, pour accéder à la protection par le droit d'auteur, procéder à la description de chacune des photographies, puis démontrer pour chacune d'elle son originalité. Il ne pouvait y avoir description de l'œuvre en général.

A scruter les décisions sur la question de l'originalité, on remarque que reviennent indifféremment des termes qui justement, présentent des acceptions distinctes : prouver, décrire, caractériser, et démontrer. A l'article « preuve », le dictionnaire[82] dit : « On prouve par des preuves, on démontre par des arguments. » Par conséquent, l'opération qui doit être effectuée par le demandeur relève nettement plus de la démonstration que de la preuve. La caractérisation est l'autre mot pour désigner la qualification.

[82] *Le petit Robert*, édition 2004.

Paragraphe 3 : La caractérisation par les juges du fond

L'arrêt qui vient d'être évoqué a été déféré à la Cour d'appel de Paris[83], laquelle Cour rappelle le principe de l'absence de formalité en propriété littéraire et artistique : « …que sont notamment considérées comme œuvres de l'esprit, en vertu de l'article L 112-2, 9°, « les œuvres photographiques et celles réalisées à l'aide de techniques analogues à la photographie » ;

Considérant que la protection de principe résultant de ces dispositions, sans formalité, des œuvres originales, suppose, s'agissant, comme en l'espèce, de milliers de clichés, la reconnaissance, pour chacun d'eux, qu'il résulte d'une création intellectuelle portant l'empreinte de la personnalité de son auteur ». La Cour a accepté la description par l'artiste de son œuvre en son ensemble et des choix tant artistiques que techniques opérés par lui : « que ce qui s'applique aux reportages dans leur ensemble vaut pour chacune des prises de vue qui les composent ».

Le principe de l'absence de formalité doit valoir en effet au moment de la création, mais aussi *a posteriori*. Il semblerait alors injustifié d'exiger du créateur la preuve de l'originalité de chacun des supports de sa production, d'autant plus dans le cas d'une œuvre surabondante. Une décision de la Cour d'appel de Lyon[84] - à propos de modèles de lunettes - rejoint celle de la cour de Paris en ce qui concerne le principe de l'absence de formalité, combiné à celui de la présomption : « Attendu que celui qui revendique la qualification de l'œuvre de l'esprit pour sa création bénéficie d'une présomption d'originalité de cette œuvre, ce qui conduit à exiger du défendeur, qui entend contester l'originalité de l'œuvre de son concurrent, qu'il établisse qu'il est bien fondé dans sa contestation en démontrant que la création revendiquée au titre du droit d'auteur par celui qui en réclame la protection est dépourvue de toute originalité ».

Certains auteurs considèrent cela comme un renversement de la charge de la preuve, découlant de la présomption d'originalité : « Est-ce choquant ? Pas nécessairement, à partir du moment où l'auteur bénéficie d'une apparence de bien-fondé, alors que la situation du contrefacteur est par définition très équivoque. »[85]

[83] Cour d'appel de Paris, 27 janvier 2010, N°08-04978.
[84] Cour d'appel de Lyon, 4 mai 2005, N°RG : 01-05672.
[85] GAUTIER, Pierre-Yves, « Les critères qualitatifs pour la protection littéraire et artistique », in *Revue internationale de droit comparé*, Année 1994, Volume 46, Numéro 2.

Deux arguments par conséquent s'opposent à l'apport de la preuve par le demandeur : d'une part, il s'agirait plus d'une démonstration intellectuelle que de la preuve d'un fait ou d'un acte ; d'autre part, le principe de l'absence de formalité ne serait pas respecté.

On peut conclure ici que la qualification de l'originalité ou sa preuve, dans une analyse comparative de deux œuvres qui sont les objets d'un litige doit revenir non pas au demandeur, mais au juge du fond. Evidemment, les juges ne sont pas censés être des spécialistes, que ce soit en musique, en photographie ou en l'un des domaines qui sont appréhendés par le droit d'auteur. Et c'est pourquoi ils sollicitent des experts, qui, s'ils ne sont pas autorisés à se prononcer quant à l'originalité – puisque non habilités à dire le droit – sont à même de déceler les ressemblances dans des œuvres.

Paragraphe 4 : La fonction des experts

Dans le domaine de la création musicale, on recherche l'originalité selon trois paramètres : la mélodie, l'harmonie, le rythme. « Dommage », diraient les musicologues. D'autres critères sont négligés qui mériteraient que l'on s'y arrête : par exemple la forme ou encore l'orchestration.

« Aussi bien, de quel côté qu'on se tourne, où aperçoit-on une grande œuvre musicale dont tout souci de forme soit absent ? Il n'est pas jusqu'aux chefs-d'œuvre de l'impressionnisme – école anti-formaliste s'il en est, pourtant – qui ne témoignent, dans leur flou même, d'un minimum architectonique en deçà de quoi il semble bien n'exister plus de musique. C'est qu'une phrase musicale, si belle soit-elle, n'atteint son summum expressif que lorsqu'elle est en parfaite harmonie avec ce qui l'entoure. Que serait une œuvre dont chaque partie, loin de concourir à former un tout cohérent, pourrait être supprimée, remplacée, transplantée au gré de la fantaisie de l'interprète ? Une œuvre où il n'y aurait ni continuité, ni construction, ni logique dans l'articulation ? Où tout serait soumis au plus méprisable des arbitraires : celui du hasard ? »

Le constat est le même pour l'orchestre : « Chaque compositeur enrichira l'orchestre d'une palette personnelle ou de sonorités originales, créant ainsi *son* orchestre, comme il créerait *son* écriture de piano ou de chœurs. Finalement, l'orchestration n'est-elle pas née le jour où un musicien eut l'idée de faire sonner deux instruments différents à l'unisson, engendrant par là même un timbre nouveau, un nouvel instrument « virtuel »?

(…) Les harmoniques ne s'additionnent pas au niveau perceptif, mais donnent lieu à des interactions mal connues, qui sont une des richesses les plus mystérieuses de la Musique. La tâche de l'orchestrateur en est rendue empirique, et passionnante : on peut créer tout les jours, à sa table, des sons nouveaux. » [86]

Cependant les juges ne se substituent ni aux musicologues, d'une part, ni aux critiques d'art d'autre part. Ils ne sont des spécialistes d'aucun domaine artistique en particulier. A bien y réfléchir, en considérant la question de la mélodie : si l'on imagine une même mélodie, mais transposée, avec un rythme, une harmonie et une orchestration différents, elle est facilement rendue méconnaissable par un homme de l'art. Il s'agit là d'une première difficulté pour le juge. L'autre difficulté, c'est de s'en tenir à des éléments objectifs d'appréciation : il ne faut pas que la recherche de l'originalité dans la création intellectuelle soit guidée ni par le goût, ni par la morale.

Le recours à l'expert n'est pas autorisé quant à la qualification de l'originalité. « Puisque la condition d'originalité est une notion de droit, le juge ne saurait déléguer sa caractérisation à un expert qui n'est pas fondé à dire le droit ». [87] Il n'en demeure pas moins que la difficulté subsiste pour le juge qui n'est pas spécialiste. Michel Vivant et Jean-Michel Bruguière soulèvent la question de l'impossibilité pour les juges de trancher sur l'originalité sans un minimum d'éléments leur permettant de procéder à la qualification en connaissance de cause : « … ces œuvres techniciennes plongées dans l'univers du droit d'auteur que sont les logiciels, opaques à tout regard de non spécialiste. On voit ainsi le juge demander à l'expert de se prononcer non pas sur l'originalité du logiciel mais sur la manière dont celui-ci se présente … au regard de quelque chose qui s'appelle l'originalité. » [88]

Si les magistrats ne peuvent pas s'en remettre à l'appréciation des critiques d'art, ils sont cependant autorisés à faire appel aux experts. En effet, si les experts ne sont pas habilités à donner leur avis sur la question de l'originalité, en matière musicale, par exemple, on peut faire appel à leur analyse comparative concernant la preuve de la contrefaçon : « Une difficulté, en matière musicale, tient au fait qu'une ressemblance entre deux œuvres peut ne pas apparaître à quelqu'un qui n'est pas musicien, et que seule l'analyse musicale peut la mettre en évidence. Le domaine de la variété offre de multiples exemples de remplois que le public ne discerne apparemment pas, et les magistrats, qui ne sont pas musicologues, devraient prudemment recourir à l'expertise plutôt que de s'en tenir à leurs propres

[86] LOUVIER , Alain, *L'orchestre*, éditions COMBRE 1997.
[87] VIVANT, Michel et BRUGUIERE, Jean-Michel, *Droit d'auteur*, Précis Dalloz, 2009.
[88] *Ibidem.*

impressions, ce qu'ils ne font pas toujours. Bref, comme le préconisait lucidement une décision ancienne, il ne faut pas s'attacher, « comme peut le faire l'auditeur de musique légère, à la similitude apparente (…) mais bien plutôt rechercher la composition technique des deux œuvres qui seule peut permettre de dire s'il y a pour l'une originalité et pour l'autre imitation. » (CA Aix-en-Provence, 3 juin 1957 : RIDA 1957, n°XVI, p.132). »[89]

Le recours à l'expert peut finalement introduire une meilleure sécurité juridique pour les auteurs d'œuvres de l'esprit. Le principe de l'absence de formalité serait ainsi respecté. Ainsi, s'il est question de comparer deux œuvres afin d'en constater les ressemblances, on peut considérer que la preuve de l'originalité est une question de fait, et admettre que les experts ont un rôle à jouer. En revanche, s'il s'agit de déterminer si une œuvre est originale ou non, on devrait admettre que la preuve de l'originalité consiste non pas en une preuve – dont la charge reviendrait au demandeur – mais bien en une qualification, dont la motivation reviendrait au juge du fond. Et admettre en conséquence que la notion d'originalité n'est pas une notion de fait, mais bien une notion de droit. Puis en déduire que le rôle de la cour de cassation ne devrait pas se limiter au seul contrôle de la motivation, mais s'étendre au contrôle de la qualification.

Paragraphe 5 : Le rôle de la cour de cassation

Pierre Bellet[90] souligne la frontière mouvante entre fait et droit : « Permettez-moi d'ajouter que le Cour de cassation, pour mener à bien sa politique jurisprudentielle, peut modifier à son gré les frontières du droit et du fait, en avançant ou reculant l'étendue de son contrôle des qualifications. Le droit est ce qu'elle décide de soumettre à son examen, le fait, tout le reste. »

Si l'on admet que l'originalité relève non pas de la preuve, mais plutôt de la qualification (tel objet constitue-t-il ou non une œuvre de l'esprit ?), on pourrait également admettre que le rôle de la Cour de cassation ne devrait pas se limiter au seul contrôle de la motivation des jugements, mais s'étendre au contrôle de la qualification.

La condition d'originalité, cependant, n'est pas une notion d'essence légale, mais jurisprudentielle, même si elle est évoquée à propos des titres et affirmée dans des directives

[89] DAVERAT, Xavier, « Un an de droit de la musique », *Communication Commerce électronique Lexis Nexis Jurisclasseur* Avril 2010.
[90] « Grandeur et servitudes de la cour de cassation » *in Revue internationale de droit comparé*, année 1980, Volume 32, numéro 2, p.297.

communautaires. Jacques et Louis Boré[91], dans un paragraphe intitulé « Essai de classification des critères du contrôle », observent que la Cour de cassation, si elle contrôle toutes les qualifications correspondant à des notions définies par la loi, ne le fait pas systématiquement quand ces notions ne le sont pas : « Au contraire, lorsqu'une notion légale n'a pas été définie par le législateur, le juge de cassation est libre de contrôler, ou non, cette qualification. En la contrôlant, il la définira peu à peu, comblant ainsi une lacune de la loi, il la clarifiera, augmentera la sécurité juridique, et unifiera son application sur toute l'étendue du territoire national. En ne la contrôlant pas, il la laissera sans définition, assurant ainsi plus de souplesse à la loi et de liberté aux juges du fond, au détriment de la prévisibilité. Face à cette notion non définie, la Cour de cassation est libre de faire, ou non, œuvre jurisprudentielle. » Il est notoire que la prévisibilité des décisions jurisprudentielles touchant à l'originalité reste vacillante.

En d'autres termes, un recours plus systématique aux experts d'une part, et le contrôle par la cour de cassation de la qualification de l'originalité reviendrait à assurer la sécurité juridique des auteurs d'œuvres de l'esprit.

[91] BORÉ, Jacques et BORÉ, Louis, *La cassation en matière civile*, Dalloz, 2009-2010, p.320.

Conclusion

La notion d'originalité est absente des premiers textes consacrant le droit d'auteur, notamment des textes révolutionnaires. Le législateur était animé de la volonté de reconnaître aux créateurs intellectuels une valeur patrimoniale à leurs productions. Mais ce même législateur n'envisageait sans doute pas la question de la définition de l'œuvre : il songeait exclusivement à la peinture, à la littérature et à la musique : « les auteurs d'écrits en tout genre, les compositeurs de musique, les peintres et les dessinateurs qui feront graver des tableaux ou dessins. » (Article premier de la loi des 19-24 juillet 1793).

En 1839, Renouard en parle dans son traité mais pour se refuser à admettre que l'on doive classer ce qu'il appelle les « ouvrages de l'esprit » selon leur originalité. La notion entre finalement en jeu comme critère de caractérisation d'œuvres de l'esprit pour des objets qui par leur nature, répondent plus ou moins bien à la définition d'œuvre de l'esprit (telle que par exemple stipulée dans l'article 2 de la Convention de Berne : « Les termes «œuvres littéraires et artistiques» comprennent toutes les productions du domaine littéraire, scientifique et artistique »). C'est une autre façon de faire la distinction entre ce qui est une œuvre et ce qui ne l'est pas.

On peut comprendre en effet pourquoi la qualification d'œuvre de l'esprit s'est déplacée vers le critère de l'originalité : il aurait sinon fallu distinguer ce qui relève de l'art de ce qui n'en relève pas, ce qui n'est évidemment pas le travail du juge, et en contradiction avec l'indifférence du genre et de la forme d'expression (L.112-2 CPI). Par conséquent, n'importe quel objet peut être une œuvre de l'esprit, pourvu qu'il soit original.

La notion d'originalité a évolué elle-même afin de s'adapter aux créations dans lesquelles le lien entre l'auteur et son œuvre est peu évident : l'empreinte de la personnalité implique en effet ce lien, qui justifie pleinement l'existence du droit moral de l'auteur. On peut citer ici la plaidoirie de M. Mirat qui défendait le droit moral de Charlie Chaplin[92] : « Certaines œuvres sont si intimement incorporées à la personne de l'auteur dont elles expriment le génie (…) que les trahir c'est porter atteinte à l'homme lui-même, à sa fierté d'artiste, c'est lui porter l'atteinte de l'injure, c'est aussi le dépouiller du seul bien dont personne n'a le droit de disposer sans son aveu et que lui-même ne peut entièrement marchander : la création de son esprit. »

[92] *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, n° XXVIII, juillet 1960, cité par Bernard EDELMANN dans son ouvrage *La propriété littéraire et artistique*, PUF, Que-sais-je, 2008.

En fonction du genre des objets considérés, la marque de l'originalité devient le choix arbitraire (pour les œuvres de l'art contemporain), l'effort intellectuel (pour les logiciels), la liberté (pour les œuvres utilitaires ; liberté par opposition à la contrainte technique), l'absence d'antécédents (pour ne pas dire la nouveauté). A mesure que s'estompe le lien entre l'auteur et son œuvre, et à mesure, ainsi, que la notion d'originalité perd de sa force, le droit moral perd de sa raison d'être. On l'a vu, le droit moral du programmeur de logiciels est amoindri par dispositions législatives. Cela sans doute parce qu'en ce qui concerne le logiciel, ce que l'on tend à protéger, c'est non pas l'expression d'une personnalité, mais l'investissement économique.

Il y a d'autres exemples qui témoignent également d'un déplacement des droits patrimoniaux vers l'employeur, et par conséquent d'une protection de plus en plus évidente non pas du droit moral de l'artiste, mais des intérêts économiques des investisseurs : la loi du 1er août 2006 relative aux droits d'auteurs et aux droits voisins dans la société de l'information (L 131-3-1 CPI) dispose que l'agent qui a créé une œuvre de l'esprit dans l'exercice de ses fonctions cède le droit d'exploitation à l'Etat. La loi du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet crée les articles L 132-35 et suivants du CPI. L'article L 132-36 dispose notamment que « la convention liant un journaliste professionnel (…) qui contribue (…) à l'élaboration d'un titre de presse et l'employeur emporte, sauf stipulation contraire, cession à titre exclusif à l'employeur des droits d'exploitation des œuvres du journaliste réalisées dans le cadre de ce titre, qu'elles soient ou non publiées. » Les termes « titre de presse » impliquent la divulgation sur différents supports. Par conséquent, le journaliste cède son droit patrimonial pour l'ensemble des supports considérés. On peut y voir une dérogation au premier alinéa de l'article L 131-3 : « La transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée. »

L'objet du droit d'auteur a vu, depuis la Révolution, accepter dans son champ des productions de plus en plus diverses, et de moins en moins caractérisées par une préoccupation artistique (dans l'acception du mot « art » comme « l'expression par les œuvres de l'homme, d'un idéal esthétique ».) C'est cet élargissement de la conception des termes « littéraire et artistique » (La directive du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur assimile dans son 6ème considérant les programmes d'ordinateur à des œuvres littéraires.) qui a conduit les juges à poser la condition d'originalité comme une

manière de refuser l'entrée dans le champ du droit d'auteur des objets qui finalement n'auraient pas de véritable légitimité à y entrer. Des magistrats ont exigé de la part des auteurs la preuve de l'originalité de leur création, au risque de ne pas respecter le principe de l'absence de formalité en propriété littéraire et artistique.

Il apparaît cependant moins épineux (à cause de l'indifférence de la destination et de la forme d'expression) de répondre à la question : qu'est-ce que l'originalité ? en tant que juriste, qu'à cette autre : qu'est-ce qu'une œuvre de l'esprit ? L'autre conséquence du changement d'acception de l'objet du droit d'auteur est l'affaiblissement du droit moral. En d'autres termes, plus l'objet du droit d'auteur se diversifie, plus le lien entre l'œuvre et son auteur s'estompe.

D'un autre côté, la multiplication des cessions légales du droit patrimonial (programmeurs, agents de l'Etat, journalistes) témoigne également du relâchement de ce lien, et du déplacement de la finalité de la protection de la propriété littéraire et artistique : on passe progressivement de la protection du « fruit de la pensée » à la protection des intérêts économiques. Ce qui paraît s'exercer ici, c'est un rapprochement entre le système adopté par les pays de *Common law* et celui des pays de droit latin : le droit moral perd de sa prépondérance, passant au second plan par rapport au droit d'exploitation. En ce qui concerne les auteurs salariés, dans les pays de *Common law*, l'existence du contrat de travail implique que l'employeur est le titulaire du droit : la cession légale du droit patrimonial rejoint en partie ce mécanisme.

Une des prérogatives du droit moral, celui du respect à l'intégrité de l'œuvre, est une manière efficace, pourtant, de lutter contre le plagiat. Les auteurs de la réponse aux propos de Joost Smiers [93] mettent en avant « les droit moraux dont celui qui préserve l'intégrité de l'œuvre et, au-delà, l'intérêt du public à ce que les produits de l'intelligence ne soient pas altérés pour être mis au goût du public. Ces droits ne peuvent qu'offrir un rempart contre la « marchandisation », pour rendre un terme qui revient sous la plume des critiques du droit d'auteur, des produits de la création intellectuelle». La perpétuité du droit moral (dont le droit à la paternité) permet d'interdire par ailleurs le plagiat des œuvres tombées dans le domaine public. Autrement dit, le droit moral est un instrument de défense contre l'uniformisation de la création, et partant, de la pensée.

[93] DUSSOLIER, Séverine, GENDREAU, Ysolde, GERVAIS, Daniel, GINSBURG, Jane, GOTZEN, Frank, LUCAS, André, QUAERDVLIEG, Antoon, SIRINELLI, Pierre et STROWEL, Alain, « La propriété des auteurs : un droit pour les voleurs ? » in *Le Monde diplomatique*, Octobre 2002.

Liste des ouvrages, articles et rapports cités :

BELLET, Pierre, « Grandeur et servitudes de la cour de cassation. », in *Revue internationale de droit comparé*, année 1980, volume 32, numéro 2, pp.300. Article en ligne sur Persée.

BORÉ, Jacques et BORÉ, Louis, *La cassation en matière civile*, Dalloz, 2009-2010.

COLOMBET, Claude, Propriété littéraire et artistique et droits voisins, Précis Dalloz, 1999.

DESBOIS, Henri, La propriété littéraire et artistique, A. Colin, 1953.

DESBOIS, Henri, *Le* droit *d'auteur en France*, Dalloz, 1966.

DUSSOLIER, Séverine, GENDREAU, Ysolde, GERVAIS, Daniel, GINSBURG, Jane, GOTZEN, Frank, LUCAS, André, QUAERDVLIEG, Antoon, SIRINELLI, Pierre et STROWEL, Alain, « La propriété des auteurs : un droit pour les voleurs ? » in *Le Monde diplomatique*, Octobre 2002.

CARON, Christophe, Communication-commerce électronique Lexisnexis Jurisclasseur, Octobre 2009.

CARON, Christophe, Communication-commerce électronique, Juillet-Août 2006.

DAVERAT, Xavier, « Un an de droit de la musique », Communication commerce électronique, Lexis Nexis Jurisclasseur, avril 2010.

EDELMAN, Bernard, *La propriété littéraire et artistique*, Presses Universitaires de France, Collection Que-sais-je ?, 2008.

GAUTIER, Pierre-Yves, « Les critères qualitatifs pour la protection littéraire et artistique en droit français » in *Revue internationale de droit comparé*, 1994, Volume 46, numéro 2.

GAUTIER, Pierre-Yves, *Propriété littéraire et artistique*, Presses Universitaires de France, 2007.

KANT, Emmanuel, « De l'illégitimité de la contrefaçon des livres », *Vers la paix éternelle, Que signifie s'orienter dans la pensée ? Qu'est-ce que les Lumières ? et autres textes*, GF Flammarion, 1991.

LAMBERTERIE, Isabelle (de), « De l'incitation à la création au droit à la culture : quelle dynamique pour les droit d'auteur aujourd'hui ? » In Réseaux, 1998, volume 16 n°88-89. Article en ligne sur Persée.

LUCAS, André et SIRINELLI, Pierre, « Etude : L'originalité en droit d'auteur » in *Semaine juridique*, 1993.I.3681.

MAFFRÉ-BAUGÉ, Agnès, *L'œuvre de l'esprit, empreinte de la personnalité de l'auteur ?*, Thèse, Montpellier, 1997.

RENOUARD, *Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences, les beaux-arts*, Paris, 1839.

ROCARD, Michel, *Rapport relatif à la position commune du Conseil en vue de l'adoption de la directive du Parlement européen et du Conseil concernant la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur.* En ligne sur le site du Parlement européen.

SMIERS, Joost, « Plaidoyer pour l'abolition des droits d'auteur » in *Le Monde diplomatique*, septembre 2001.

TREPPOZ, Edouard, « Le droit d'auteur, limite à la création contemporaine ? », in *L'art contemporain confronté au droit,* Actes du séminaire tenu le jeudi 8 juin 2006à l'université Paris II (Panthéon-Assas), en ligne sur le site www.artdroit.org.

TRICOIRE, Agnès, « Le droit d'auteur au service de l'industrie ou la mort de l'art » in Colloque international *Mutations des industries de la culture, de l'information et de la*

communication, Septembre 2006. Article en ligne sur le site de l'OMIC (Observatoire des mutations des industries culturelles).

VIVANT, Michel, « Considérations au fil de la plume sur la norme subtile », in *Mélanges Ph. le Tourneau*, Dalloz, 2008, p.1059, n°3.

VIVANT, Michel, « Les métamorphoses de l'œuvre : des mythologies aux mythes informatiques. », Recueil Dalloz 2010.

VIVANT, Michel et BRUGIERE, Jean-Michel, *Droit d'auteur*, Précis Dalloz, 2009.

WALVARENS, Nadia, « L'œuvre d'art en droit d'auteur : forme et originalité des œuvres d'art contemporaines » in *Economica*, 2005.

Table des matières :

Introduction....4

Première partie : Qu'est-ce que l'originalité en droit ?....8

Chapitre I : La définition de l'originalité....8

Section I : Des œuvres de l'esprit originales et non plus des œuvres d'art géniales....8

Paragraphe 1 : L'originalité juridique....8

Paragraphe 2 : L'originalité selon les critiques d'art....10

Paragraphe 3 : Des conséquences juridiques....12

Section II : Variations de la notion en fonction de la nature de l'objet considéré :....14

Paragraphe 1 : Les œuvres d'art pur :....14

Paragraphe 2 : Les œuvres d'art appliqué :....15

Paragraphe 3 : Les photographies :....16

Paragraphe 4 : Les logiciels :....17

Chapitre II : Les critères de l'originalité....20

Section I : L'empreinte de la personnalité....20

Paragraphe 1 : L'intermédiaire technique....21

Paragraphe 2 : Le choix arbitraire....22

Paragraphe 3 : Le faible degré de créativité....24

Paragraphe 4 : La liberté....25

Section II : Les autres critères....27

Paragraphe 1 : L'élément distinctif....28

Paragraphe 2 : La nouveauté....28

Paragraphe 3 : L'effort....30

Deuxième partie : La preuve de l'originalité comme revendication d'un droit d'auteur....32

Chapitre I : L'originalité comme critère complémentaire à la qualification d'œuvre de l'esprit....32

Section I : La présomption....33

Paragraphe 1 : L'article 112-2 du CPI, du 1° au 8°....33

Paragraphe 2 : L'article 112-2, du 9° au 14°....34

Paragraphe 3 : Les objets qui ne sont pas dans l'article 112-2 35
Section 2 : Distinction entre éléments banals et éléments originaux 36
Paragraphe 1 : Les éléments dictés par la technique ou par la contrainte 36
Paragraphe 2 : Les tendances de la mode 37
Paragraphe 3 : Des combinaisons originales, partis pris esthétiques 37
Chapitre II : La charge et les moyens de la preuve 40
Section I : La preuve de l'inexistence de l'originalité 40
Paragraphe 1 : L'affaire « Autant en emporte le vent » : des ressemblances non-constitutives de contrefaçon 40
Paragraphe 2 : L'affaire Gypsy Kings : rencontre fortuite ou réminiscences communes 42
Paragraphe 3 : Porosité de la limite entre inspiration et plagiat 44
Section II : Preuve tangible d'un fait, ou démonstration conceptuelle ? 45
Paragraphe 1 : La charge de la preuve 46
Paragraphe 2 : La preuve par le demandeur 46
Paragraphe 3 : La caractérisation par les juges du fond 48
Paragraphe 4 : La fonction des experts 49
Paragraphe 5 : Le rôle de la cour de cassation 51
Conclusion 53
Liste des ouvrages, articles et rapports cités : 56